

LE RÔLE CRÉATEUR DU JUGE

DANS LES

JURISPRUDENCES CANADIENNE ET FRANÇAISE COMPARÉES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soulennée le vendredi 9 décembre 1938 à 14 heures

PAR

Antoinette MAURIN

JURY... } *Président* : M NIBOYET.
 } *Suffragants* . } MM. LÉVY-ULMANN, *professeur*.
 } ESCARRA, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{le}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1938

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AVANT-PROPOS

En me proposant d'esquisser un aperçu synthétique sur une question dont l'écueil est le danger d'arbitraire, j'ai craint d'échafauder quelques généralisations sur des données aprioristes.

Or, d'une part, il est bon de vivre dans le cadre des institutions pour pénétrer leur véritable sens, et percevoir les courants d'idées. D'autre part, il ne se trouve pas, en France, de collection complète des recueils de jurisprudence canadienne. Il m'a donc fallu, pour cette étude, passer plusieurs mois à Montréal.

J'avais toujours entendu dire grand bien des Canadiens. Mais l'accueil qui m'a été réservé a dépassé les éloges les plus optimistes. Je tiens à témoigner ici ma profonde gratitude à tous ceux qui ont bien voulu s'intéresser à mon travail, et m'y seconder de leurs renseignements ou de leurs encouragements.

Qu'il me soit permis, également, de dire combien j'ai été heureuse de constater le prestige qui auréolait le nom de M. Capitant dans les milieux juridiques du Canada, car le mot de recommandation dont il avait eu l'amabilité de me munir a été pour moi un précieux talisman. L'accès quotidien à la Bibliothèque du Barreau m'a été offert avec la plus grande courtoisie par M. Maréchal Nantel, en dépit de la dérogation qu'apportait ma présence à toutes les règles d'inscription.

J'ai été très touchée aussi des conseils éclairés dont M^e Beaulieu a bien voulu m'aider dans ma tâche, m'accor-

dant avec tant de grâce un temps dont chaque minute est si précieuse dans la vie enfiévrée qui absorbe son éminente activité.

C'est au même titre que j'adresse mes respectueux remerciements à l'Honorable Juge Fabre-Surveyer, membre de la Cour Supérieure, à M. Edouard Montpetit, à M^e Antonio Perrault...

D'autres noms encore restent gravés dans ma mémoire reconnaissante, pour la façon charmante dont ils ont fait sentir à une Française qu'au Canada, elle se trouvait chez des Amis de la France.

INTRODUCTION

Sur la carte de France, une frontière séparait jadis les pays coutumiers et ceux de Droit écrit.

Sur la carte du monde juridique, une opposition aussi radicale ne se retrouve-t-elle pas, de nos jours, entre les pays de Common Law et ceux qui possèdent un Code?... Dans les premiers, les décisions judiciaires font la loi, et dans les seconds, le juge est soumis au respect de la volonté souveraine qu'exprime le législateur.

Qu'un rôle créateur soit imparti au juge d'Angleterre, cela est de toute évidence, mais n'est-il pas au moins paradoxal d'en parler également à propos de pays de Droit civil, comme la France et la Province de Québec ?

Au lendemain des codifications, les jurisconsultes pensent avoir inséré, dans les textes, des solutions à tous les problèmes réalisables, ou du moins, estiment-ils que les lacunes de la loi, s'il s'en révèle dans l'avenir, seront comblées par le vote des Assemblées législatives qui siègent en permanence. Dès lors, le rôle réservé au juge consiste dans une stricte application de la Loi, et le problème peut se poser de savoir s'il n'outrepasse pas ses pouvoirs en faisant œuvre de créateur juridique.

Mais, cet ouvrage n'a pas pour objet d'envisager la question sous un jour aussi théorique, et d'affirmer avec M. Nast que la source jurisprudentielle de Droit doit tenir une place de plus en plus considérable. Il ne cherchera pas davantage à donner raison à M. Bonnecasse qui a voulu limiter le rôle

des tribunaux au maintien intégral de la loi¹. Il n'a pas la prétention de se poser en arbitre sur ce que devrait être le rôle du Juge, il se propose simplement d'élucider si, *en fait*, le Juge français a pu créer du Droit par delà le Code. Et, afin d'établir dans quelle mesure l'interprétation a permis aux tribunaux de s'acheminer vers la création, nous éclairerons le problème d'une lumière comparative, la seule qui fasse ressortir les reliefs et les ombres dans un domaine où rien n'est absolu. C'est par opposition que se dégageront le génie propre et le particularisme de chacune des jurisprudences envisagées. Ainsi se sépareront les éléments contingents des notions nécessaires; on s'apercevra dès lors que les premiers résultaient de circonstances économiques et sociales passagères ou inhérentes à tel pays, et que les autres se rattachent indubitablement à des principes fondamentaux.

Pour qu'une comparaison soit instructive, encore faut-il la porter sur des champs qui ne soient pas trop dissemblables. Aussi, avons-nous cherché, pour l'opposer à la Jurisprudence française, celle d'un pays étranger qui fût animée d'un esprit analogue.

Le choix eût été vaste si nous avions voulu opter pour l'un des nombreux Etats dont la législation civile a puisé son inspiration dans le Code Napoléon. A titre d'exemple, citons la Louisiane, qui, en 1808, en a reproduit une image presque servile. Mais cette image, aujourd'hui, est devenue méconnaissable, tant la Common Law lui a fait subir de retouches. Dans l'immense creuset des Etats-Unis où se fondent les races, la Louisiane a, peu à peu, perdu l'usage intégral de sa langue maternelle. Et, tant il est vrai que la langue et le Droit marchent de pair, l'esprit juridique français, n'étant plus soutenu par de solides charpentes, s'est laissé envahir peu à peu par d'autres influences.

1. Voir également dans Aubry et Rau, t. I, § 39 : « La jurisprudence la plus constante ne peut être considérée chez nous comme constituant un élément de Droit. »

Et, voilà pourquoi nos regards se sont tournés vers la Province de Québec qui, elle, a su faire pleinement honneur à sa devise : « *Je me souviens* ». Elle lui a fait honneur, non seulement par la ténacité courageuse qu'aux jours héroïques de son histoire, elle a déployée à maintenir la langue française. Elle lui a fait honneur, encore, par son esprit traditionaliste qui a conservé de la Coutume de Paris une image plus fidèle que la France elle-même.

L'un des juristes les plus éclairés de la Province de Québec, l'Honorable Juge Mignault, pouvait bien dire, en toute vérité : « Notre Code civil énonce, en substance, » la doctrine du vieux droit coutumier français, et je ne » crois pas qu'il existe au monde de monument législatif, » pas même le Code Napoléon, qui en contienne un exposé » aussi fidèle. Il est tout imprégné de ce Droit que nous » avons conservé dans toute sa pureté primitive. » Prononçant cette parole lors du Centenaire du Code civil de France, le Juge Mignault ajoutait que les Canadiens prenaient part à cette célébration comme à une vraie « fête de famille ».

C'est donc bien au sens propre du mot que l'on peut dire que les Droits de France et de Québec s'apparentent très étroitement, puisqu'ils sont issus d'une souche commune. M. Mignault insistait, en 1904, sur l'intérêt que pourrait présenter une étude rapprochant les développements donnés à ces deux Droits. L'essai que nous écrivons a voulu se faire l'écho de cet appel lancé, il y a plus de trente ans.

Evidemment les points intéressants à comparer seraient multiples, mais ils déborderaient largement les cadres d'une simple thèse. Aussi avons-nous dû borner notre choix à quelques applications jurisprudentielles de principes généraux, parce que l'atmosphère du prétoire est celle où l'on sent vivre le Droit. C'est de son dynamisme que nous chercherons à tracer la courbe. Nous écarterons *a priori* les règles législatives dotées d'une telle précision que le rôle du Juge est, en quelque sorte, automatique.

Nos comparaisons seront tirées de matières où le juge a dû édifier toute une théorie pour rejoindre le principe auquel il voulait rattacher sa décision. Par là même, nous pénétrons dans un domaine psychologique, ou plutôt, sociologique, car il nous faudra expliquer le processus d'une pensée qui ne peut s'affranchir du milieu dans lequel elle évolue.

Le juriste n'est pas, comme le philosophe, ou le mathématicien, isolé dans une tour d'ivoire. Il est, bien au contraire, plongé au milieu de réalités très vivantes, et son œuvre consiste essentiellement à résoudre des problèmes concrets. Cette tâche lui permet-elle de construire un édifice ? Telle est la première question que nous nous poserons en esquissant les données générales du problème sous les angles suivants :

Nous envisagerons d'abord l'alternative qui se pose au juge dans la compréhension de sa mission. Il peut s'en tenir à l'application brutale du texte dans sa lettre, ou se livrer à une interprétation nuancée du texte dans son esprit.

Nous constaterons ensuite que cette dernière conception lui est souvent imposée par les lacunes, les insuffisances ou les obscurités de la loi, et, qu'en telle occurrence, elle lui est dictée par l'interdiction qui lui est faite de commettre un déni de justice : Le juge est mis dans l'impossibilité de ne pas juger. Cette conception, enfin, peut lui être inspirée par la portée morale et sociale de sa mission.

Quittant ensuite ce plan quelque peu abstrait, nous envisagerons les facteurs de la tâche du juge en France et, pour circonscrire le cadre dans lequel peut évoluer le juge, nous examinerons la *séparation des pouvoirs* dans l'une et l'autre constitution.

Puis, nous comparerons l'*organisation judiciaire* aux divers chefs qui semblent exercer sur la création jurisprudentielle une influence animatrice, ou tout au contraire, paralysante. Elle sera animatrice, si elle facilite l'unification de la Jurisprudence. En effet, l'unité assure la cohésion, et

il ne peut être question de création durable en l'absence d'un système cohérent.

Voici donc les angles sous lesquels seront mises en parallèle les deux organisations judiciaires considérées :

Dans un premier paragraphe, on opposera le système collégial à celui du *Juge unique*, pour découvrir si l'anonymat de la sentence favorise ou contrecarre l'unification jurisprudentielle.

Le second paragraphe sera consacré à la *distinction du fait et du droit*, telle que la conçoivent, dans l'un et l'autre pays, les organismes judiciaires, qui, dans leurs sentences, sont chargés de la respecter.

La *hiérarchie des tribunaux* fera l'objet d'un troisième paragraphe ; cette notion ne comprenant pas seulement la série des appels successifs, mais également l'autorité que peut exercer une juridiction supérieure sur celles qui lui sont subordonnées.

Nous grouperons sous un quatrième paragraphe tout ce qui concerne les détails de forme susceptibles de caractériser, à quelque titre que ce soit, l'œuvre jurisprudentielle. A ce propos, nous dirons un mot de la *rédaction des jugements* et des *Recueils de Jurisprudence*.

Les abords du problème étant ainsi esquissés, nous entamerons notre second titre, qui concernera l'*édifice construit par le Juge*.

Il comprendra trois divisions d'importance très inégale : Les matériaux, les méthodes, les résultats.

1° Un créateur humain ne peut se passer de *matériaux*. Ceux qui sont mis à la disposition du Juge ne sont autres que les Codes et Lois en vigueur, les Principes et la Doctrine.

2° Un architecte ne saurait construire sans avoir, au préalable, imaginé un plan. Le fil conducteur qui guidera le juge n'est pas toujours préconçu de la sorte. Il se peut que le Juge le suive sans avoir nullement l'intention de créer à proprement parler. C'est donc bien plutôt par un regard

en arrière que nous pouvons dégager les *méthodes* adoptées par le Juge dans son œuvre constructive.

Ainsi serons-nous amenée à étudier comment se forment les jurisprudences, comment elles évoluent, puis, comment elles se fixent.

a) A propos de la *formation* jurisprudentielle, nous opposerons la déduction rigoureuse à l'interprétation large et nuancée. Nous aurons l'occasion de remarquer que le Juge canadien se réfère plus volontiers à l'intention précise du législateur, tandis que le juge français a plutôt tendance à transposer la pensée du législateur dans le milieu contemporain, afin de rajeunir les textes et de les adapter aux circonstances économiques et sociales.

b) Il s'agira, en second lieu, de démontrer que l'évolution jurisprudentielle ne se poursuit jamais sans heurts, ni retouches successives. On peut bien parler ici d'expérimentation, comme dans toute démarche scientifique; et ce concept implique de multiples tâtonnements et retours en arrière, qu'en termes juridiques, on appelle « revirements ».

c) Par « *fixation* » des jurisprudences, nous entendons la stabilité qu'elles assurent aux intérêts privés. Nous devons définir dans quelle mesure les justiciables peuvent se fier à l'autorité des précédents. Nous rechercherons si, du fait que le Conseil Privé est de formation britannique, il est permis d'induire que le précédent joue, dans la jurisprudence canadienne, le même rôle qu'en Angleterre. Ou bien, au contraire, si les principes d'origine française sont restés assez vivaces pour que le précédent ne puisse être invoqué que comme autorité de raison.

3° Le champ serait trop vaste si l'on ambitionnait d'étudier en un seul ouvrage toutes les matières juridiques à propos desquelles les tribunaux français et québécois ont fait œuvre de créateurs. Sans méconnaître leur rôle primordial dans l'extension du droit de rétention, l'interprétation des clauses contractuelles, la théorie de l'héritier apparent, l'inaliénabilité de la dot mobilière, le dévelop-

pement des astreintes, etc., nous n'entendons nullement les traiter ici. Nous ne présenterons dans notre dernière partie qu'un certain choix de *résultats* auxquels sont parvenues les jurisprudences des deux Pays que nous mettons en parallèle. Ce choix a donc été limité par l'intérêt comparatif que pouvait présenter tel ou tel domaine. Nous avons délibérément écarté tout ce qui était trop équivalent ou trop dissemblable, pour ne retenir ici que certains exemples dans lesquels la comparaison éclaire, comme d'un projecteur puissant, l'évolution jurisprudentielle.

Dans les prémisses de cette étude, nous avons posé l'imperfection de la loi comme une vérité qui se démontre au jour le jour. Il est temps maintenant d'en donner un exemple : C'est pour combler les lacunes de la loi que la jurisprudence française a rattaché la matière des *assurances* à la stipulation pour autrui. La loi sur les assurances n'a fait qu'entériner les résultats sanctionnés par la jurisprudence. Celle-ci avait donc préparé directement le travail du législateur.

On pourrait faire valoir qu'en ce domaine, le législateur a cru nécessaire de consacrer par son vote les résultats acquis au prétoire. Tout en reconnaissant la collaboration effective du juge au travail législatif, cette argumentation permettrait peut-être d'objecter qu'un résultat jurisprudentiel n'est jamais définitif par lui-même. Le juge ne serait pas créateur, mais seulement un auxiliaire de la création juridique.

C'est pour combattre cette objection que nous parlerons ensuite des *obligations naturelles* et de l'*enrichissement sans cause*. En effet, l'accès de ces matières placées aux confins de la Morale et du Droit paraît bien interdit au législateur. Ces domaines infiniment nuancés s'accommoderaient mal de la rigidité des énumérations légales. Seul, le doigté du Juge peut porter remède aux situations concrètes où s'enchevêtrent les circonstances les plus diverses ou les plus délicates.

Là, par conséquent, c'est en l'absence d'un texte que la jurisprudence fait son œuvre constructive. Nous verrons également que cette œuvre peut s'opérer en dépit de textes que ne justifient plus les raisons d'ordre historique qui ont présidé à leur élaboration. Comme il n'est pas permis à la jurisprudence d'élaguer de sa propre initiative, les branches mortes de notre vieux Code, elle devra recourir à des moyens détournés pour mener à bien son œuvre de rajeunissement.

Cette idée s'illustrera dans l'exposé de la façon dont la jurisprudence est arrivée à tourner les dispositions du code concernant la nullité des actes contenant une *clause illicite ou immorale*. Nous verrons comment elle utilise le principe de la cause pour annihiler la portée de l'art. 900 du Code civil. Il conviendra alors de se demander si la jurisprudence canadienne ne s'inspire pas du même procédé pour neutraliser la disposition légale qui traite de la condition illicite dans les testaments. Ce chapitre nous offrira l'occasion de rapprocher, en outre, la conception française de l'ordre public et celle qui, dans la Province de Québec, tend à prévaloir, au fur et à mesure que s'amplifie l'influence britannique. Il est tout naturel qu'un tel aperçu trouve sa place à propos des conditions illicites, puisque ce sont les notions d'ordre public qui fournissent un critérium au Juge lorsqu'il doit apprécier le caractère licite ou illicite des clauses soumises à son examen.

Nous venons de faire allusion à l'influence anglaise à propos de l'ordre public, dans la Province de Québec; nous verrons qu'en échange, l'inspiration française est loin d'avoir perdu toute sa force d'antan sur le Droit purement privé. Et la théorie de la *faute commune* nous fournira un témoignage péremptoire du souci que manifeste le Juge de Québec, à maintenir sur son sol l'esprit du Droit français.

Posée sous cet angle, la théorie de la faute commune nous permettra d'entrevoir l'une des multiples facettes du grand problème des races, tel qu'il se pose sur ce coin de terre canadienne.

Pour une question si vaste, c'est là un cadre bien restreint, mais il mettra en relief, d'une part, les moyens d'action de l'infiltration anglaise, et, d'autre part, sa mise en échec par la volonté d'une race qui survit.

Nous aurons à exposer dans ses grandes lignes la doctrine de la « contributory negligence » afin de dégager dans quelle mesure elle a paru aux Juges de Québec heurter l'homogénéité du Droit dont ils sont les gardiens. Et, de la sorte, nous comprendrons tout naturellement qu'ils aient tourné leurs regards vers la jurisprudence française et qu'ils lui aient emprunté la théorie qu'elle avait élaborée pour pallier à la lacune de la loi.

C'est là un exemple des courants d'idées qui s'échangent toujours à l'heure actuelle entre les milieux juridiques de France et de Québec. L'influence française a donc survécu au malheureux Traité de Paris, et nous avons été à même de nous apercevoir que les arrêts de la Cour de cassation sont journellement feuilletés par les juristes canadiens. En adoptent-ils sans réserve toutes les solutions ? Nous ne l'affirmons nullement... Bien au contraire, nous citerons des constructions jurisprudentielles que les Juges de Québec n'ont pas voulu emprunter à la France moderne, parce qu'elles leur ont paru d'une dangereuse hardiesse.

A cette idée générale, nous rattacherons la théorie du risque, dans quelques-unes de ses conséquences et verrons dans quelle mesure elle a pu heurter la conception individualiste du Droit que l'esprit de tradition a soigneusement conservée au Canada. Nous pensons, à ce propos, traiter de l'*abus du Droit* et de la garde des choses inanimées. Nous constaterons que, si l'expression « abus du droit » est parfois usitée dans la Province de Québec, elle revêt un sens qui a été largement dépassé par la jurisprudence française. Nous préciserons les critères, les applications et les sanctions que cette dernière a consacrés. A côté de cette construction, la *garde des choses inanimées* nous apparaîtra comme un vrai gratte-ciel, car elle constitue, à coup sûr

le monument au sujet duquel la jurisprudence s'est montrée le plus pleinement créatrice. L'édifice ne s'est pas élevé d'un seul jet, et, nous aurons des étapes successives à retracer. L'écho de certaines d'entre elles se perçoit au Canada, d'autres sont délibérément rejetées. Il y aura une mise au point à établir à ce sujet.

La matière de la responsabilité n'étant régie dans les Codes que par des principes généraux et empreints d'une grande sobriété, il est tout naturel qu'elle se révèle comme étant des plus propices à la création jurisprudentielle. Dans ce domaine, des problèmes multiples se sont posés aux juges qui ont dû, pour les résoudre, accorder un poids plus ou moins important à telle ou telle considération. Ainsi, le juge canadien s'est-il refusé à accorder la réparation du *dommage moral*, tandis que la jurisprudence française en tient compte dans l'évaluation des dommages-intérêts. Cette divergence se justifie par la diversité des fondements adoptés en matière de responsabilité par l'une et l'autre jurisprudences : Du côté canadien, elle est l'aboutissement logique du maintien de la faute aquilienne, en tant que base unique de la responsabilité. C'est la conduite de l'auteur du dommage qui sert d'objectif à l'appréciation du juge de Québec.

Du côté français, elle reflète la tendance moderne des tribunaux à tourner plutôt leurs regards vers la victime; et elle traduit leur préoccupation grandissante d'assurer les réparations qui leur sont demandées dans la plus large mesure possible.

Cette attitude, éminemment bienveillante, ils la témoignent aussi à l'égard des proches parents de la victime. Et l'ouverture progressive de l'action en responsabilité a permis à notre jurisprudence, sinon de déformer le Droit écrit, du moins d'élargir considérablement la portée d'un principe. Nous verrons que la jurisprudence de la Province de Québec a maintenu dans un cadre plus rigide l'*admission du recours des parents de la victime*.

Elle s'y est trouvée contrainte, du reste, par l'existence dans son Code civil d'un texte, qui, contenant une énumération, ne pouvait s'interpréter que d'une manière restrictive.

L'existence, dans les deux Codes, de textes dissemblables ne produit pas toujours cet effet de divergence : Lorsque l'interprétation jurisprudentielle est venue les assouplir, nous pouvons constater que leurs conséquences tendent, peu à peu, vers une même orientation. Telle est, du moins, la conclusion qui pourra résulter d'un seul coup d'œil jeté sur le chapitre des *Substitutions*. A ce propos, en effet, on remarquera que l'effort constructif de la jurisprudence française, partant d'un texte qui prohibe, s'est rapproché de l'application canadienne d'un texte qui permet. La clef d'une telle convergence, on peut la trouver dans la bienveillance que manifestent les tribunaux français à l'égard des doubles legs conditionnels : Ils en admettent la validité, car ils considèrent que de tels legs ne doivent pas tomber sous le coup de la substitution prohibée.

L'adage traditionnel « *en fait de meubles, possession vaut titre* » nous fournira également l'occasion d'étudier un autre rapprochement effectué par les jurisprudences, en dépit de textes nettement distincts.

Ces textes consacrent, l'un et l'autre, des solutions émanant des Parlements de l'Ancienne France. On sait combien, à cette époque, la jurisprudence était peu unifiée. Ainsi, Bourjon et Pothier ont-ils pu retenir deux acceptions différentes de cette règle concernant les effets attachés à la possession mobilière. Le Code Napoléon a recueilli la doctrine de Bourjon, tandis que, dans la Province de Québec, le point de vue de Pothier a prévalu.

Il conviendra de mettre en évidence les divergences de ces doctrines, telles qu'elles se sont perpétuées dans l'un et l'autre Droits. Nous les classerons sous deux chefs, mettant en relief, d'une part, l'idée de présomption, et d'autre part, celle de prescription. En termes plus explicites, nous

aurons à exposer, en premier lieu, que la loi canadienne ne confère pas à la possession mobilière la valeur réelle d'un titre de propriété, comme l'implique l'art. 2279 du Code civil français. Mais nous verrons que le déclenchement des règles de la preuve tel que la jurisprudence française le fait jouer à propos des qualités de la possession parvient à démunir l'adage de sa force apparente. La possession mobilière revêt, en somme, la forme d'une présomption de propriété qui n'est guère éloignée du concept que consacre le Droit canadien. Il reste, en second lieu, la question de prescription qui paraît creuser un fossé plus profond entre les articles 2279 du Code français, et 2268 du Code de Québec, car ce dernier article n'admet pas que l'acquisition d'un meuble s'opère par la possession de bonne foi, comme en droit français. *A priori*, on pourrait croire qu'une prescription de trois ans est nécessaire pour consolider la possession et lui donner la valeur d'un titre de propriété. Un examen plus approfondi permet d'interpréter cette prescription comme n'étant nullement acquisitive, mais seulement extinctive de l'action. Cette prescription, en fin de compte, est analogue à celle que prévoit l'art. 2280 français, pour le cas de perte et de vol. La seule différence qui ne soit pas réductible par l'interprétation jurisprudentielle, est, à coup sûr, celle qui concerne l'abus de confiance ou l'escroquerie. Le propriétaire français qui a disposé d'un objet mobilier en plaçant mal sa confiance verra opposer à sa revendication (auprès d'un tiers qui a regu l'objet des mains de l'escroc), l'obstacle sans remède que constitue la formule : « En fait de meubles, possession vaut titre. »

En pareille occurrence, le Droit québécois permettrait l'ouverture d'une action en revendication pendant un laps de temps de trois ans à compter de la dépossession.

Cet exemple aura eu pour objet de montrer comment l'interprétation des textes est arrivée à minimiser leur contradiction apparente. C'est le processus inverse qu'ont

suivi les jurisprudences dans une matière que nous empruntons aux régimes matrimoniaux, et qui consiste dans l'interprétation de la *clause de réalisation*. Cette clause est prévue dans les deux codes par des textes dont le contenu coïncide exactement. Et, cependant, les tribunaux ne l'ont pas admis ainsi. Nous verrons ceux de Québec faire appel à l'autorité de l'Ancien Droit pour déclarer que, malgré leur réalisation, les biens meubles des époux tombent dans la masse de la communauté.

La solution française est à l'inverse de celle-là : Le Juge estime que le rejet de l'Ancien Droit découle, à proprement parler, des termes mêmes de l'article 1498.

L'attachement des juristes québécois aux enseignements de l'Ancien Droit français ne se justifie pas seulement par leur esprit de tradition. Il est également commandé par la conception originaire des codes. En effet, à propos des matériaux dont dispose la jurisprudence dans son œuvre de création, nous aurons déjà exposé qu'à l'encontre du Code français, qui abroge toute disposition antérieure, le Code de Québec contient en puissance tout le Droit du passé.

Mais, pour bien montrer qu'en dépit de leur apparente véracité, rien n'est absolu dans les remarques et les généralisations ainsi formulées, nous placerons, à la suite de la clause de réalisation, un exemple qui contredit formellement le point de vue que nous y aurons fait ressortir. Ainsi, le contraste sera-t-il plus flagrant. Cet exemple, c'est la *dette de jeu* qui nous le fournira. Là, nous constaterons que c'est la jurisprudence canadienne qui rejette les arguments tirés de l'Ancien Droit, tandis que la Cour de cassation les invoque à l'appui de son argumentation.

Néanmoins, nous croyons que, dans la norme des choses, cet exemple tiré de la dette de jeu apparaît comme une simple exception et non pas comme une réfutation complète du principe énoncé plus haut. Et, en général, domine l'impression que le Juge français a, bien plus que le Juge

canadien, tendance à aller de l'avant. On pourra soutenir, en terminant, que, dans le domaine contractuel plus qu'ailleurs, peut-être, la hardiesse du Juge a trouvé son plein essor.

Ainsi verrons-nous la jurisprudence française créer, de toutes pièces, une obligation sous couleur d'interpréter la volonté des parties. La *stipulation pour autrui dans le transport des personnes* illustrera cette idée, à laquelle nous rattacherons ensuite une étude sur le *mandat tacite de la femme mariée*.

La création de la jurisprudence s'est réalisée en l'absence de texte précis, permettant à la femme d'engager les biens du mari. Elle a consisté à étendre les conséquences d'une fiction au point que cette fiction joue le rôle d'un procédé technique permettant de contrebalancer impunément un principe. C'est ainsi qu'en élargissant considérablement le mandat domestique de la femme mariée, la jurisprudence est parvenue à altérer la notion juridique de mandat, afin de remédier aux inconvénients de l'incapacité de la femme mariée, dont l'effet paralysateur se révélait en désaccord, chaque jour plus grand avec les exigences de la vie moderne.

Tel est donc le schéma des recherches que nous nous sommes assignées pour donner une vue synthétique de la façon dont la jurisprudence comprend sa mission à l'époque actuelle. Elles nous auront permis de constater, à maintes reprises, la bienfaisance de son rôle. La jurisprudence accomplit, sans conteste, une œuvre de rajeunissement dont l'importance et l'utilité s'accroissent au fur et à mesure que les circonstances économiques et sociales dépassent celles qui ont présidé à l'élaboration de la loi. Elle fait, également, une œuvre de mise au point rendue nécessaire par le caractère touffu qu'affectent, de plus en plus, les textes législatifs des temps modernes. Cette mise au point qu'anime l'esprit de logique, aboutit à une véritable systématisation. Et c'est dans ce sens que nous aurons pu parler d'*édifice construit par le Juge*.

TITRE PREMIER

Atmosphère de l'Œuvre créatrice

CHAPITRE PREMIER

« POSITION DE LA QUESTION »

« La science du magistrat est de mettre les principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour esclave et rebelle, et désobéir par esprit de servitude. »

Cette parole, émanant de l'un des plus autorisés de nos codificateurs¹ contient tout un programme à l'adresse des juges qui se sont succédé aux prétoires de France depuis l'aurore du XIX^e siècle. Elle est infiniment précieuse, parce qu'elle indique l'esprit dans lequel l'auteur du code entend que ses préceptes soient utilisés. N'évoque-t-elle pas l'image d'une corde raide, la ligne de conduite qui consiste à ne se montrer ni esclave, ni rebelle?... A coup sûr, il y a là un équilibre souvent fort délicat à réaliser, et surtout à conserver.

Comment notre jurisprudence a-t-elle compris cette mission que lui confiaient les législateurs le jour où ils mettaient le Code à sa disposition?

S'est-elle efforcée de rester pleinement attachée à la volonté qui a inspiré le texte de la loi?... Ou bien, a-t-elle assoupli cette volonté, en raison des modifications intervenues dans les faits qui, s'ils avaient été antérieurs à son expression, auraient pu motiver chez elle une autre orientation?...

1. Cf. Portalis, Discours préliminaire (Loché, *Législation civile*, p. 264).

Une telle transposition dans un cadre modernisé n'est-elle pas enrayée par les scrupules de magistrats soucieux de respecter la suprématie de la loi qu'a consacrée la Constitution?... L'application littérale des textes peut bien leur apparaître comme la meilleure sauvegarde contre le risque de se voir taxer d'arbitraire. La lutte entre le Droit strict et l'Équité ne s'est pas éteinte avec le Droit romain. Elle est de tous les siècles, et le Droit comparé nous apprend également qu'elle est de tous les pays. L'équité, Aristote la définissait comme étant : « Le Droit en dehors de la loi écrite ». Mais jusqu'à quel point le juge peut-il considérer qu'il lui appartient de reconnaître qu'elle est le « Droit »?... Et, pour reprendre une autre formule d'Aristote, dans quelle mesure le juge se permet-il d'opérer la « juste rectification du juste rigoureusement légal? »... C'est pour lui un cas de conscience de savoir si, plus et mieux que le législateur, il peut s'ériger en arbitre de ce qui est juste et de ce qui a cessé de l'être.

En effet, le mouvement incessant des mœurs renouvelle la face des choses au point de révéler de façon flagrante l'insuffisance de la loi. Celle-ci pêche-t-elle par obscurité parce qu'elle doit être étendue à des situations que l'évolution économique et sociale a pu transformer?... Tout en assumant le rôle d'interprète qui lui est normalement imparti, le juge parviendra à rajeunir le Droit par la conciliation des principes traditionnels avec les exigences nouvelles.

Mais, lorsque se pose le problème du cas non prévu, en face duquel la loi demeure absolument muette, il ne peut plus être question d'interprétation de la loi. Cette lacune, cependant, ne saurait être comblée que par le juge, car, au moment précis où elle se révèle à la barre du tribunal, il ne peut se dérober au devoir de juger. Sinon, il se rendrait coupable d'un déni de justice que lui interdisent formellement les Codes¹.

1. Cf. l'article 4 du Code civil français, et l'article 11 du Code civil de la Province de Québec.

A ce commandement impératif de la loi se joignent des considérations tirées de la portée morale et sociale de la justice pour dicter au juge une attitude active en face de l'évolution des mœurs. S'il la méconnaît et reste inerte, c'est qu'il n'est pas pénétré d'une haute conception de sa mission, qui est d'apaiser les esprits par de justes sentences. De nos jours, plus que jamais, le juge doit se tenir au courant de l'actualité, afin de saisir dans toute leur ampleur les crises et les bouleversements dont elle affecte le public. En effet, depuis plus de cent trente ans que nous régit le Code Napoléon, les progrès scientifiques se sont amoncelés à un rythme inconnu jusqu'alors. Les inventions et le développement de l'industrie ont donné à la fortune mobilière une extension accélérée et ont fait apparaître les questions ouvrières sous un jour nouveau. Les idées sociales évoluaient au fur et à mesure que se démodaient les principes individualistes qui avaient présidé à la rédaction du Code.

Fallait-il que le juge restât irrémédiablement attaché aux concepts d'une société vivant jadis en un cadre à jamais disparu ?

Ou bien, pour conserver à l'égard des justiciables un contact que nécessite le maintien de son autorité, le juge ne devait-il pas aborder les problèmes juridiques sous leur aspect renouvelé ?

Le juge de l'heure actuelle se trouve donc couramment en face de réalités économiques et sociales dépourvues d'armature juridique. Nous avons vu pourquoi la sécurité sociale exige de son activité professionnelle qu'il donne une solution même aux litiges non prévus par la loi. Il nous reste, dans ces données préliminaires, à préciser jusqu'à quel point la décision juridictionnelle peut dévêtir son aspect concret pour contribuer à la formation du Droit positif. A l'inverse de celle que nous venons d'exposer, cette question ne peut se résoudre par une réponse générale.

Ici, entrent en jeu des facteurs d'ordre constitutionnel qui délimitent différemment suivant les pays la portée du pouvoir judiciaire. Et, c'est à l'examen de ces facteurs en France et dans la Province de Québec que nous allons consacrer le chapitre suivant.

CHAPITRE II

LES DONNÉES CONSTITUTIONNELLES

Le problème que nous cherchons à élucider, — de savoir si le Juge peut, à l'heure actuelle, jouer un rôle créateur — ce problème était résolu indubitablement par l'affirmative sous l'Ancien Régime, car une fonction législative était normalement impartie au détenteur de l'autorité judiciaire. La concentration des pouvoirs entre les mêmes mains dérivait, comme une conséquence inéluctable, de l'absolutisme du monarque. Elle paraissait plus tangible encore dans les colonies françaises que dans la métropole où la machine gouvernementale était d'un mécanisme plus compliqué.

Lorsqu'en 1663, Louis XIV assumait le gouvernement de la Colonie du Canada¹ il délégua ses pouvoirs à un Conseil Souverain dont les attributions ressemblaient fort à celles des Parlements de la métropole, tout au moins en ce qui concerne le cumul des fonctions judiciaires et législatives. Tribunal d'appel pour toutes les causes civiles et criminelles, il pouvait également édicter des ordonnances ayant force de loi dans le ressort colonial.

La création d'un intendant, en 1675, conférait également à ce puissant représentant du roi, le double pouvoir de rendre des ordonnances et de connaître de toutes les causes civiles en dernier ressort².

1. Dont Richelieu avait confié l'administration à la Compagnie des Cent Associés, à laquelle avait succédé la Compagnie de la Nouvelle France.

2. Nonobstant ses attributions administratives et financières.

Ce principe de la confusion des pouvoirs, qui régissait ainsi le Droit public canadien, à l'image de celui qui était en vigueur en France, ce principe a-t-il survécu au changement de métropole? Après la bataille des Plaines d'Abraham qui livra le Canada à la domination anglaise, les règles fondamentales du Droit public britannique ne pouvaient que s'introduire dans la nouvelle colonie, dont les habitants *devaient sujets du Roi d'Angleterre*, suivant la parole célèbre du Général Amherst. Cette parole était prononcée en réponse à l'article 42 de la Capitulation de Montréal qui stipulait : « Les Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la Coutume de Paris » et les lois et usages établis pour ce pays; et ils ne pourront être assujettis à d'autres impôts qu'à ceux qui étaient établis sous la domination française. » Evidemment, la réponse anglaise ne manquait pas d'ambiguïté; les juristes ne se sont pas fait faute de soulever maintes controverses à son sujet. Mais l'Histoire est là pour nous révéler l'interprétation qui en a été donnée : Par une sorte de transaction, éminemment logique, un sort différent a été réservé aux principes juridiques suivant qu'ils afféraient au Droit public ou au Droit privé. La conservation du Droit civil français a été obtenue par les colons canadiens, mais non sans luttes. Ils protestèrent avec véhémence contre les ordonnances du Gouverneur Murray, qui, au lendemain de la conquête, substituaient le Droit britannique au Droit jusqu'alors en vigueur. Leurs revendications furent accueillies avec avis favorable, par des hommes d'Etat anglais, assez compréhensifs pour se montrer libéraux. Observant combien un brusque changement des lois civiles risquait de compromettre la stabilité des conquêtes, ces derniers ont fait valoir, comme une maxime de Droit public, l'opportunité de garantir aux Canadiens soumis la survivance de leur Droit. Tel fut l'objet de l'Acte de Québec, signé en 1774.

Le libéralisme dont était empreint l'Acte de Québec ne

se traduisait pas seulement par la restauration du Droit civil français, il se manifestait également par l'octroi d'une charte constitutionnelle établie conformément au principe britannique de la séparation des pouvoirs. Ainsi, dans l'ordre chronologique, l'apparition de ce principe au Canada a-t-elle devancé son introduction en France.

Mais l'Acte de Québec ne réussit à apaiser les esprits que pendant un demi-siècle, car il n'établissait pas un équilibre irréprochable entre les divers pouvoirs.

Le sentiment qu'éprouvaient les députés d'être réduits à une quasi-impuissance provoqua la fameuse révolte de 1837.

Et, pour l'éteindre, il a fallu l'intervention de réformes inspirées d'un plus large libéralisme. Elles sont contenues dans l'Acte d'Union de 1840, qui mettait au point le système électif du Haut et du Bas-Canada. Moins de trente ans plus tard, l'équilibre de ce système apparaissait nettement rompu en raison des variations subies par le rapport des populations. Sentant la nécessité d'une réforme constitutionnelle, le Gouvernement anglais institua la Confédération canadienne lorsque, en 1867, il ratifia l'Acte de l'Amérique britannique du Nord. Le cadre fédéral de l'Etat canadien était désormais nettement déterminé. L'Acte prévoyait les pouvoirs respectifs des provinces dans leur ressort et du Gouvernement suprême sur l'ensemble du territoire. Ce sont les articles 91 et 92 qui ont réglé la répartition des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Ces dernières devaient connaître de toutes les questions intéressant le Droit privé, sauf toutefois celles qui concernent le mariage et le divorce, qui étaient de la compétence du Parlement fédéral.

Cette exception ne peut manquer de frapper la curiosité des esprits logiques, qui, en étudiant toutes les conséquences de cette clause, remarquent qu'elle ouvre une brèche au principe de la séparation des pouvoirs. Alors qu'en France, le divorce résulte d'un jugement, au Canada, il ne peut être

prononcé que par l'organe législatif. Cette anomalie constitue l'un des points sensibles par lesquels se perçoit la différence des conceptions française et anglaise en ce qui concerne le principe de la séparation des pouvoirs.

Eminemment plus rigide que la conception britannique, celle qu'ont adoptée les publicistes français ne saurait admettre qu'une décision aussi particulière qu'un divorce puisse émaner d'un organe à compétence aussi générale qu'un Parlement¹.

Cette dérogation au principe de la séparation des pou-

1. L'origine de cette immixtion du pouvoir législatif dans une matière qui, par excellence, relève du Droit privé, nous a paru intéressante à signaler : Lors de la codification québécoise, le divorce n'existait plus en France, et il venait d'être reconnu en Angleterre, comme faisant partie du Droit civil. Un tribunal spécial avait été institué à cet effet. Jusqu'alors, le divorce en Angleterre relevait de la compétence du Parlement qui, dans chaque cas, devait voter une loi particulière, appelée « bill privé ».

Le Canada a donc emprunté un système auparavant utilisé en Angleterre, mais qui n'y avait plus cours. Voici les termes dans lesquels s'expriment les Commissaires à la Codification, à propos du divorce : « A l'instar du Parlement anglais ci-devant, notre législature s'est considérée autorisée à le prononcer dans les cas particuliers qui lui ont été soumis. »

A titre de curiosité pour les lecteurs français, nous reproduisons un bill privé inséré dans les Statuts refondus de Québec, et qui a pour objet le prononcé d'un divorce :

1. Édouard VIII.

Chap. 95.

Loi pour faire droit à Mildred Eileen Champion Webster
(sanctionnée le 23 juin 1936.)

Préambule. — Considérant que Mildred Eileen Champion Webster, demeurant en la cité de Verdun, province de Québec, vendeuse, épouse de George Edward Webster, préposé aux lignes téléphoniques, domicilié au Canada, et demeurant en la cité de Montréal, dite province, a, par voie de pétition, allégué que lui et elle, ont été mariés le 4^e jour de novembre 1930, en ladite cité de Montréal, et qu'elle était alors Mildred Eileen Champion, célibataire; considérant que la pétitionnaire a demandé que, pour cause d'adultère, depuis lors commis par son époux, ledit mariage soit dissous; considérant que ce mariage et cet adultère ont été établis par la preuve fournie et qu'il est à propos d'accorder à la pétitionnaire ce qu'elle demande. A ces causes, Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète :

Dissolution du mariage : 1^o Le mariage contracté entre M. E. C. et G. E. W., son époux, est dissous par la présente loi, et demeurera à tous égards nul et de nul effet.

Droit de se remarier : 2^o Il est permis dès ce moment à ladite Mildred Eileen Champion de contracter mariage, à quelque époque que ce soit, avec tout homme qu'elle pourrait légalement épouser si son union avec ledit George Edward Webster n'eût pas été célébrée.

voirs illustre bien, nous a-t-il semblé, une remarque d'ordre général qu'en 1933, le Juge Rivard, siégeant à la Cour du Banc du Roi, dans la cause A. G. Que. v. Slanec et Grimstead insérait dans ses notes : Il lui semblait que si le principe de la séparation des pouvoirs est généralement admis dans les pays soumis au droit public anglo-saxon, c'est en vertu d'un état d'esprit politique qui cherche par-dessus tout, une sorte de compromis entre les différents attributs de souveraineté. Une telle définition permet de saisir à la fois l'imprécision et la souplesse de la doctrine britannique. Ce sont les caractéristiques que nous avons tenu à opposer à la logique et à la rigidité de la conception française, telle qu'elle ressort de nos constitutions.

Ces caractéristiques, à vrai dire, on ne les rencontre que dans le sens d'un empiétement du législatif sur le judiciaire. Et, si l'on examine la possibilité d'intrusion du judiciaire dans l'œuvre législative, on serait plutôt tenté de formuler la conclusion inverse, parce qu'il semble à tout prendre, qu'au Canada, la prépondérance des pouvoirs soit plus nettement confiée à l'organe législatif¹.

Les apparences, cependant, vont à l'encontre d'une telle conclusion; nous les examinerons successivement sous deux chefs : Le contrôle de l'inconstitutionnalité des lois et l'indépendance des juges.

1^o Contrôle judiciaire de l'inconstitutionnalité des lois.

La conception française du principe de la séparation des pouvoirs n'implique pas la possibilité pour le Juge d'exa-

1. Au cours d'un article très révent, paru en 1937 dans l'ouvrage intitulé : *The future of the Common Law*, l'Honorable Juge à la Cour Suprême d'Ottawa, Henry Hague, paraissait exprimer la même opinion lorsqu'il laissait entendre que la doctrine de la souveraineté du Parlement était fermement admise au Canada, et, qu'en conséquence, on n'y soutenait guère la théorie de la suprématie des Cours judiciaires. Cf. *The Common Law in Canada*, p. 73.

miner le caractère constitutionnel des lois. Il en est autrement au Canada ; non pas cependant que le corps judiciaire puisse, comme aux Etats-Unis, exercer un gouvernement suprême capable de s'ériger en arbitre sur la valeur économique, sociale et d'opportunité politique que peuvent présenter les lois. Nous avons recueilli, à titre d'exemple, une cause qui a donné à la Cour d'appel d'Ontario l'occasion d'exercer récemment son contrôle à cet effet.

Comme il s'agit d'un point de droit constitutionnel, son interprétation peut, tout au moins, servir d'indication pour les autres provinces, en attendant que le Conseil privé l'ait tranché de façon définitive. Voici les idées directrices qui, dans cette cause¹, précisent la frontière entre les pouvoirs législatif et judiciaire : En règle générale, tout statut passé par une législature provinciale, et qui a pour objet de limiter la juridiction de la cour provinciale, a force de loi. Mais la législature ne peut détruire, ni usurper les droits sur lesquels la constitution ne lui a donné aucun pouvoir. Elle dérogerait à la constitution si elle cherchait à assurer l'impunité de son intrusion en édictant qu'aucune action ne pourrait être intentée devant les cours de la province, au sujet de la validité de sa législation.

Un tel empiètement se trouverait en contradiction formelle avec les dispositions de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, qui concernent la répartition des pouvoirs.

Ce contrôle, exercé par les tribunaux, de la constitutionnalité de la loi, et dont on a déploré souvent l'absence en France, est, à coup sûr, plus indispensable dans un Etat fédéral que dans un pays unitaire, comme la France. La présence de plusieurs organes législatifs dans un même Etat risque de donner lieu à des empiètements dans les domaines respectifs de ces organes. Il n'existe pas, au Canada, de tribunal administratif ayant reçu compétence pour enrayer ces empiètements et redresser les frontières

1. *Dominion Law Reports*, 1936, IV, p. 594.

constitutionnelles au fur et à mesure qu'elles subissent des atteintes.

C'est donc au pouvoir judiciaire qu'a été dévolue une telle mission. Dans la Province de Québec, la vigilance des tribunaux, en cette matière, et la rectitude de leurs appréciations constituent une indéniable sauvegarde de l'autonomie du Droit civil. Reconnaissons, au passage, que cette sauvegarde se trouve souvent renforcée par l'autorité du Conseil privé, dont la tendance générale est de se montrer éminemment respectueux des prérogatives accordées aux parlements provinciaux¹.

Par conséquent, la Constitution fédérale de l'Etat canadien joue, en ce qui concerne les moyens d'action du juge, un rôle qu'on aurait grand tort de négliger. Le fait que le Droit public ressort du parlement d'Ottawa place le juge dans la position d'intermédiaire entre le citoyen et la loi, alors qu'en France cette position est dévolue à l'autorité administrative.

A priori, l'on pourrait être incliné à penser que le pouvoir créateur du juge n'est pas confiné, en Québec, dans des limites aussi strictes qu'en France, puisqu'il lui est loisible de s'affranchir de certains matériaux dans son œuvre constructive. Mais encore faut-il, pour résoudre le problème tel qu'il se pose en fait, tenir compte, non seulement des conditions, mais encore de la mesure dans laquelle s'exerce son droit de regard.

Or, la plupart des contestations posant aux tribunaux canadiens des problèmes de droit constitutionnel concernent la ligne de démarcation des compétences imparties au Parlement fédéral, d'une part, et aux législatures provinciales, d'autre part.

Le contrôle du juge en matière constitutionnelle, ne

1. Ainsi, dans la cause *Parsons vs. Citizens Insurance Co*, 51 L. J. P. C., p. 11, le Comité Judiciaire du Conseil Privé a-t-il déclaré qu'il fallait entendre l'expression : « Droits civils » (réservés à la législature provinciale) dans le sens le plus large.

constitue donc pas un réel adjuvant à ses possibilités créatrices. Non seulement nous avons dégagé qu'il lui servirait surtout, en fait, à établir des répartitions de compétences, mais, si maintenant, nous supposons que le juge veuille l'utiliser à d'autres fins, nous remarquons que l'effet de ce moyen d'action serait bien plutôt paralysateur que créateur. Or, édifier, c'est autre chose qu'élaguer.

II. Indépendance des juges.

Dans la Province de Québec, à l'égal des autres parties du Canada, la magistrature est assujettie aux règles coutumières du droit public anglais. Il en résulte des différences profondes avec le déroulement de la carrière judiciaire en France. La question peut se poser de savoir si les conditions de la vie judiciaire dans les deux pays considérés, sont de nature à favoriser plus ou moins l'éclosion d'un Droit créé par le Juge.

Autrement dit, peut-on poser en règle générale que le travail créateur du Juge se trouve en rapport direct avec l'indépendance dont il jouit par rapport au pouvoir exécutif? — Que si le Juge se trouve sous la tutelle du pouvoir exécutif, c'est que la politique a réussi à s'infiltrer dans le fonctionnement de la justice; et les créations jurisprudentielles ne seront pas exclusivement d'inspiration juridique. L'harmonie des systèmes élaborés peut avoir à en souffrir. Et les discordances résultant de la diversité des influences qui se succèdent au gouvernement ne sauraient donner lieu qu'à des constructions échafaudées sur un sable mouvant.

Elles apportent des arguments péremptoires à la thèse qui veut interdire au corps judiciaire toute initiative de nature à empiéter sur le pouvoir législatif. La qualité primordiale du Droit ne se trouve-t-elle pas être, en effet, la certitude, qui ne s'acquiert que par la stabilité?... On ne peut qu'évoquer, à ce propos, la forte parole de Guizot :

« Dès que la politique pénètre dans l'enceinte des tribunaux,
» il faut que la justice en sorte. »

Or, par la nomination des juges, le pouvoir exécutif se ménage une emprise sur le pouvoir judiciaire. Les différentes acceptions du principe de la séparation des pouvoirs se sont efforcées de réduire au minimum cette inévitable emprise. Nous allons mettre en parallèle les procédés éminemment dissemblables qui ont été adoptés à cet effet :

Au Canada, c'est parmi les avocats en renom que sont recrutés les juges. Leur élévation dans la magistrature constitue, en quelque sorte, le couronnement de leur carrière juridique, aussi bien qu'un brevet de science et d'intégrité. Mais des considérations d'un autre ordre ne viennent-elles pas peser également dans le choix du plus digne ? Certes, la nature des influences qui s'exercent alors ne se dévoile jamais au grand jour. Néanmoins M. Maréchal Nantel¹ a pu écrire : « Que la politique seule ait inspiré la » nomination de quelques juges, il n'y a pas à le nier. Mais » c'est là une conséquence nécessaire de notre régime » constitutionnel. En effet, il ne faut pas perdre de vue » qu'en leur qualité de mandataires du peuple, les ministres de la couronne doivent seuls porter la responsabilité » des nominations judiciaires. »

Toutefois, il est juste d'ajouter que la recommandation n'aura plus aucun rôle à jouer une fois que le juge canadien est investi de son siège. L'inamovibilité dont il est assuré, et l'importance considérable du traitement qui lui est servi, constituent de sûrs garants d'indépendance.

En France, ce n'est pas après une longue expérience du barreau que s'opère l'entrée dans la magistrature. Les jeunes gens qui l'ambitionnent s'orientent spontanément vers cette carrière dès la fin de leurs études juridiques. Pour effectuer la désignation des plus aptes, on a suivi,

1. Cf. l'article intitulé : « Crises judiciaires » et inséré dans la *Revue du Droit de la Province de Québec*, t. VI, p. 360.

au cours du XIX^e siècle, des formules différentes. Tant qu'elle a été laissée au libre choix du pouvoir exécutif, la nomination des juges a pu, à tort ou à raison, se voir décrier, comme étant redevable à une influence politique. L'institution du concours est parvenue, en ce sens, à calmer l'opinion publique, qui, dans sa hâte généralisatrice, confondait les nominations dues à l'intrigue, et celles que justifiait un mérite véritable.

Si, depuis trente ans, le concours d'entrée offre une certaine garantie d'impartialité, il n'en pouvait être exactement de même pour la constitution des tableaux d'avancement qui sont longtemps restés soumis à la volonté des gouvernements.

Une réforme s'est avérée nécessaire en ce sens, afin d'enrayer une abusive intrusion de la politique. Et, depuis une date récente¹, l'avancement a été confié, pour partie, à une commission recrutée parmi les membres les plus éminents de la magistrature.

Ainsi, les deux pays dont nous comparons la jurisprudence, ont-ils été, l'un et l'autre, inspirés par le principe de la séparation des pouvoirs, dans l'établissement des règles concernant la magistrature. Il n'y a pas lieu de porter un jugement de valeur sur les procédés employés pour y parvenir, car ils correspondent à des habitudes de vie difficilement transposables. Mais, pour le sujet qui nous occupe, un point que nous avons fait ressortir dans notre bref parallèle, mérite de retenir quelque peu notre attention. Il nous semble impossible au juge canadien de se dépouiller du jour au lendemain d'une mentalité qu'ont forgée peut-être vingt années de barreau. Il en résulte des avantages incontestables, comme l'aptitude à saisir les moindres détails de la situation des justiciables, et la connaissance psychologique des hommes que permet d'acquérir l'expérience d'avocat. La tournure d'esprit du juge

1. Décret du 19 février 1934.

canadien le portera à envisager son rôle comme le devoir d'apporter une solution concrète propre à départager deux plaideurs. Il nous semble, par ailleurs, que la spécialisation du juge français, et toute son éducation juridique le prédisposent davantage à une vue plus abstraite du Droit.

C'est là une divergence qui s'affirme dès le début de la formation juridique : Les travaux auxquels sont astreints les étudiants dans les Facultés de Droit tiennent, en France, de la dissertation, et, au Canada, du plaidoyer. Et, de la sorte, l'instruction arrive à façonner, d'une part, des théoriciens, d'autre part, des praticiens.

Mais la tournure d'esprit que nous venons ainsi de signaler comme caractérisant la magistrature française, ne rencontre-t-elle pas un obstacle invincible dans le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs ? Opposant des cloisons étanches entre les pouvoirs, ce principe doit comporter, dans son essence, l'interdiction pour le Juge de s'ériger en législateur. Telle est bien, en effet, l'acceptation dans laquelle il avait été inscrit dans nos Constitutions. Ceux-là même qui l'ont préconisée considéreraient ce principe comme le meilleur adjuvant d'une liberté désirable, et d'un bon fonctionnement de la puissance gouvernementale. La division de l'autorité en organes spécialisés était conçue comme une garantie des droits de l'homme. Aussi, toute apparence de fonction législative a-t-elle été nettement refusée aux juges dont le pouvoir était strictement cantonné à l'application et à l'interprétation des lois.

Bien qu'il ait été importé d'Angleterre, où de notables dérogations en modéraient la rigueur¹, ce principe a été incorporé dans le Droit public de la Révolution jusqu'à l'extrême limite de ses conséquences.

1. Qu'il nous suffise de rappeler que le Droit privé anglais est, pour la majeure partie, de formation jurisprudentielle. Et, d'autre part, que les Lords, siégeant au Parlement, sont appelés, également à exercer des fonctions judiciaires.

L'indépendance dont se targuaient les parlements de l'Ancien Régime, et le mécontentement qu'avait provoqué leur toute-puissance, hantaient l'esprit des Constitutionnels qui ont tenu à interdire désormais au pouvoir judiciaire la faculté d'édicter des arrêts de règlement¹. C'était lui retirer l'arme qui, jusqu'alors, lui permettait d'ériger ses solutions en règles abstraites et permanentes.

Pour stigmatiser l'état d'esprit qui régnait alors, nous extrayons, d'un discours de Robespierre² un passage qui traduit, en termes véhéments, la défiance qu'avait, à tort ou à raison, suscitée l'équité des parlements : « Le mot » jurisprudence doit être effacé de notre langue ; il ne signifie plus rien dans le nouveau régime. Dans un Etat qui a » une constitution, une législation, la jurisprudence des » tribunaux n'est pas autre chose que la loi. Il y a toujours » identité de jurisprudence. »

La suspicion inspirée par un pouvoir créateur du juge ne pouvait que grandir sous le règne de Napoléon. Si l'Empereur s'était réservé, avec un soin jaloux, la haute main sur la composition des assemblées législatives, ce n'était pas pour laisser le corps judiciaire se targuer d'indépendance vis-à-vis de l'ordre nouveau. De toute nécessité, il fallait, au contraire, que les juges fussent animés du « fétichisme légal »... Et le Procureur général Merlin était bien à sa place pour l'inspirer à ceux dont l'ardeur n'était pas absolument spontanée.

Le Code Napoléon contient donc (dans son article 5) la défense faite « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Mais, déjà, il se montre moins intransigeant que le Droit intermédiaire qui interdisait aux juges de se prononcer

1. Actes par lesquels les tribunaux s'engageaient pour l'avenir à statuer suivant telle orientation qu'ils se posaient en règle.

2. Prononcé à la séance du 18 novembre 1790 à l'Assemblée Constituante.

en l'absence d'un texte légal. Et, dans l'article 4, le Code civil français a pris en considération l'incertitude qui résulterait, pour les justiciables, d'un tel état de choses. Il empêche les juges de prétexter le silence de la loi pour se dérober au devoir de rendre la justice¹. C'est là un assouplissement incontestable de la séparation des pouvoirs. Une autre conséquence du même principe a également disparu au cours de notre histoire juridique. Nous faisons allusion ici au référé législatif obligatoire, témoin d'un temps où la supériorité de la loi sur la jurisprudence éclatait sans conteste (loi du 27 nov. 1790). C'était à l'organe législatif qu'était confié le soin de trancher de façon définitive les controverses qui persistaient entre la Cour de cassation et les cours de renvoi.

Par trois étapes successives², au cours du XIX^e siècle le pouvoir législatif a perdu le droit du dernier mot, et le pouvoir judiciaire restait maître souverain des interprétations juridiques. Il est donc avéré que, sous sa forme primitive, qui était la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif, le principe de la séparation des pouvoirs n'était pas viable.

La coopération entre les pouvoirs s'est substituée à l'autorité, et le concept d'interdépendance a pu paraître bien plus près des réalités que celui d'isolement.

Etant envisagé sous ce nouvel aspect, le principe constitutionnel ne paraissait plus mettre un obstacle aussi absolu à la faculté pour la jurisprudence de collaborer avec les assemblées législatives dans leur œuvre créatrice de Droit. A vrai dire, il n'est guère possible de localiser à une date précise cette vue nouvelle des choses juridiques. L'extension de la mission jurisprudentielle s'est manifes-

1. Il existe une disposition analogue dans le Code de la Province de Québec, tandis qu'il ne s'en trouve pas qui corresponde à l'article 5 du Code Napoléon.

2. Loi du 27 ventôse an VIII; Loi du 30 juillet 1828 et Loi du 1^{er} avril 1837.

tée par les tendances d'une évolution dont l'empirisme reste bien la meilleure caractéristique. Elle s'explique par l'affaiblissement progressif des raisons historiques qui avaient présidé à l'érection, en France, du principe de la séparation des pouvoirs.

Que subsiste-t-il actuellement de ce principe? Les trois propositions suivantes nous permettent d'en préciser la portée :

— D'une part, il est fondamental, dans notre Droit public que le juge ne détient pas de pouvoir législatif.

— Il est incontestable, cependant que, grâce au mécanisme du précédent et à l'autorité dont il jouit, le pouvoir judiciaire peut émettre des décisions dont la portée ne se limite pas à la sphère étroite du problème individuel et concret qui en aura fourni l'occasion.

— Et, malgré tout, il reste indéniable que la distinction constitutionnelle des fonctions gouvernementales rend le juge impropre à se saisir de tel problème juridique qu'il lui semblerait opportun de voir résoudre. En cette matière, toute initiative lui est refusée. La justice ne peut régler une question controversée que lorsque les justiciables ont fait appel à sa sanction.

La première et la troisième de ces propositions nous paraissent également vérifiées en France et dans la Province de Québec. La seconde, par contre, ne saurait être applicable au Canada, sans certaines réserves. Et, c'est à l'examen de ces réserves que nous consacrerons la suite de nos développements. Qu'il nous suffise ici de signaler, comme justifiant cette divergence dans une certaine mesure, des raisons d'ordre politique inhérentes à chacun des deux pays.

Si le pouvoir judiciaire, grâce à un élargissement progressif de sa mission, est parvenu en France à sortir quelque peu de son orbite, certains auteurs en ont décelé la raison dans la médiocrité de l'élaboration législative. Cette médiocrité serait imputable aux vices que comporte un système

électoral basé sur le suffrage universel. Or, au fur et à mesure que s'accroît la complexité du Droit, la nécessité se fait sentir d'en confier le perfectionnement à un corps de spécialistes rompus au maniement des subtilités juridiques.

C'est également une raison d'ordre politique qui, dans la Province de Québec, contribue, par contre, à cantonner le juge dans les strictes limites de la mission qui lui a été confiée : Le cadre fédéral de l'Etat canadien en livre la clef. Le sentiment régnant dans la Province de Québec est que, dans l'équilibre à réaliser entre les pouvoirs, l'autorité la plus indépendante, c'est-à-dire la plus foncièrement provinciale, ne doit pas se laisser supplanter par un pouvoir assujéti à une tutelle plus stricte. Le maintien du Droit traditionnel dans sa portée intégrale paraît mieux assuré entre les mains des législateurs qu'entre celle des juges, car ces derniers se trouvent sous l'autorité superposée d'Ottawa et de Londres¹. Comme le Parlement provincial reste à l'abri de toute dépendance de cette espèce, le corps judiciaire de Québec se garde bien d'empiéter sur son domaine.

1. Cf. l'article de M. Bruneau : « Pouvoirs des juges et tribunaux », paru dans la *Revue du Droit*, t. II, p. 294, dont nous tirons le passage suivant : « L'Ordonnance de 1793 qui enlève aux tribunaux tout pouvoir de nature législative, donne aux Canadiens-Français la meilleure garantie possible pour la conservation de leurs lois. »

CHAPITRE III

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Le chapitre précédent nous aura permis de signaler l'importante influence qu'exerce le droit public sur l'évolution du droit privé. Cette remarque trouvera encore une confirmation dans le chapitre que nous abordons et qui concerne un parallèle entre les principes qui ont inspiré l'organisation judiciaire en France et dans la Province de Québec. Il a pour objet de mettre en relief l'incidence de ces particularités sur l'unification jurisprudentielle.

C'est à ce titre que nous étudierons successivement des institutions importées de Grande-Bretagne au Canada, comme le système du juge unique, et le fonctionnement du jury civil. Nous traiterons ensuite de la hiérarchie judiciaire, et comparerons, pour terminer, les arrêts de jurisprudence, dans la forme de leur rédaction.

I. — Le Juge unique.

La Province de Québec nous offre le rare exemple d'un pays de Droit civil ayant instauré, pour les juridictions de première instance, le système de l'unicité du juge. Le mode et les résultats de ce fonctionnement comportent de précieux renseignements à l'usage des réformateurs qui, en France, ont proposé de substituer au système collégial

une organisation inspirée de celle qui a cours dans l'Empire britannique¹.

L'institution de la Cour supérieure québécoise, dont la compétence correspond à celle de nos tribunaux civils de première instance, remonte à 1849. La Cour se trouve composée d'un seul membre, lorsqu'elle doit rendre un jugement.

Moins de quinze ans plus tard, on a pu penser que l'isolement des juges dans les campagnes présenterait des inconvénients susceptibles de se répercuter sur l'unité de la jurisprudence. Aussi, la Cour de révision a-t-elle été créée pour assurer, par intermittence, tout au moins, un certain contact entre les magistrats de la Cour supérieure². Le système du juge unique requérait donc un palliatif. On estimait utile qu'un échange de points de vue pût s'opérer entre les juges. Il est vrai, qu'à la fin du xix^e siècle, les moyens de communication étant devenus plus aisés, la nécessité d'un organe obligeant les juges à se réunir, s'est révélée moins urgente. Et, bientôt même, les inconvénients de ce nouvel organisme se sont montrés plus considérables que ses avantages. La multiplicité des appels ralentissait le cours de la justice et les affaires s'accumulaient.

La rareté des infirmations de jugements dans les grandes agglomérations prouvait que le système du juge unique était parfaitement viable, lorsque les juges se trouvaient à même d'échanger leurs opinions. Leurs conversations amicales produisaient, pour ce qui est de l'uniformité des décisions, un effet analogue à celui des consultations de collègues à l'audience. Et, dès 1897, voyons-nous s'échafauder une campagne en faveur de l'abolition de la Cour de révision³.

1. Cf. propositions Peytral (30 oct. 1915) et de Monzie (7 avril 1927). Et les séances du Sénat du 1^{er} et du 8 avril 1930.

2. La Cour de révision statuait en appel sur les sentences rendues en Cour Supérieure, et elle était composée de trois juges de la Cour Supérieure.

3. Un écho de cette campagne peut être trouvé, sous la signature d'un avocat : M. Saint-Pierre, dans le t. III de la *Revue Légale*, nouvelle série

Néanmoins, cette campagne n'a abouti qu'après plus de vingt années. Or, depuis l'abolition de la Cour de révision, nul ne songe à en réclamer le retour. Le système du juge unique paraît donc satisfaisant à ceux qui le maintiennent. Ils lui reconnaissent l'avantage de développer, chez le juge, le sentiment de sa propre responsabilité. Sachant qu'il ne doit s'attendre à recevoir les lumières et l'aide d'aucun collègue, le juge unique se trouve ainsi stimulé à approfondir davantage les causes qui lui sont soumises. Telles étaient, du moins, les qualités que Bentham décelait chez le juge unique. A coup sûr, ce système accentue la personnalité du juge, qui se sent une réputation à soutenir. Mais est-il de nature à favoriser la formation d'un courant jurisprudentiel? C'est là, en effet, le point de vue qui intéresse plus particulièrement notre thèse.

Or, de l'aveu des Canadiens eux-mêmes¹, la personnalité du juge se reflète dans la sentence, au point de lui donner une véritable individualité. Certains rapprochements de décisions permettent de reconstituer en quelque sorte la tournure d'esprit de chacun des juges. Il en est, parmi ceux-ci, qui ne dissimulent pas leurs préférences pour les citations d'autorités belges; d'autres, auprès desquels la jurisprudence des Etats-Unis n'est jamais invoquée avec succès... La forme des décisions revêt également une silhouette propre qui trahit sa signature. Certaines sont faites de notes très détaillées où le fait et le droit se trouvent entremêlés, tandis que d'autres se composent d'une suite de considérants multiples et succincts.

Cette variété forme un contraste frappant avec les formules omnibus dont sont faits les jugements de France, qui émanent de tribunaux dont les membres collaborent sans dévoiler au public leur individualité propre. Dans le

1. D'après M. J.-J. Beauchamp, l'auteur de recueils de jurisprudence de la Province de Québec, le poids qu'il convient d'accorder aux précédents dépend, entre autres considérations : « de la réputation du juge comme jurisconsulte ». Cf. *R. L.*, n. s., p. 19.

système collégial, adopté pour les tribunaux civils de première instance, la sentence revêt un caractère absolument anonyme. Le public ignore les influences qui ont pu s'exercer lors des délibérations. La sentence, il est vrai, peut émaner exclusivement du président ou du rapporteur. Mais elle peut également résulter d'une transaction entre les opinions divergentes émises par les assesseurs. Les partisans du système collégial font valoir qu'une telle transaction entraîne, tout au moins, l'heureux effet d'atténuer les préjugés de milieu, d'éducation ou d'opinion politique qui risqueraient d'emporter, à son insu, la décision d'un juge unique.

Est-il arbitraire d'ajouter que l'échange des opinions et la variété des points de vue qui s'affrontent fournissent l'occasion aux magistrats d'élever le débat à un niveau plus abstrait ?

S'il n'y a rien d'exagéré à prétendre cette dernière proposition, on admettra que le système collégial paraît plus propice à la formation de théories jurisprudentielles. Nous n'osons pas, toutefois, l'affirmer en termes absolus, car ils se verraient formellement contredits par l'exemple de l'Angleterre, qui se trouve être à la fois la patrie du juge unique et celle de la loi faite par le juge.

II. Le fait et le droit.

Le jury civil constitue l'un des rouages de l'organisation judiciaire québécoise dont l'origine est proprement anglaise. Elle remonte à une ordonnance de 1785 émanant du Conseil législatif de Québec. Elle répond à une tendance très marquée du gouvernement d'alors vers l'anglicisation. C'est de cette époque que datent également l'introduction de l'*habeas corpus* en droit criminel, et du régime anglais de la preuve en matière commerciale. Depuis dix ans déjà, l'installation du jury civil était réclamée par une minorité

anglaise très agissante qui supportait malaisément la restauration du Droit français octroyée par l'Acte de Québec de 1774. A ses yeux, le jury représentait une des garanties les plus sûres du justiciable, et, en quelque sorte, le symbole de sa liberté de citoyen. Depuis lors, le jury n'a pas perdu cette réputation. On peut le constater par la fréquence des procès dans lesquels le demandeur fait appel à son verdict. Cette fréquence, du moins, est-elle quelque peu atténuée de nos jours, par l'augmentation des frais qu'entraîne l'emploi de cette procédure.

Nous avons dit qu'il était loisible à l'une des parties de demander que l'action soit portée devant un jury. Encore faut-il que certaines conditions se trouvent réunies : d'une part, que la somme réclamée par l'action excède 100 dollars, et, d'autre part, que la poursuite ait pour objet le recouvrement de dommages-intérêts résultant de torts personnels ou de délits et quasi-délits contre la propriété mobilière. Autrement dit, les jurés¹ n'auront à se prononcer que sur des questions de responsabilité. Et leur rôle sera double : Il consiste, d'une part, à constater les faits d'après l'audition des témoins qui comparaissent devant eux, ou d'après la communication d'écrits authentiques ou prouvés qui leur sont lus avec la permission du juge. En second lieu, le jury s'étant formé une opinion sur les faits, devra prononcer son verdict, qui consistera à répondre aux questions que lui pose le juge.

Dans quelle mesure le juge est-il lié par le verdict du jury? Tel est l'angle sous lequel nous examinerons l'institution du jury afin de déterminer s'il arrive à paralyser l'action du juge.

La coexistence de ces deux organes à l'audience exige tout à la fois une spécialisation et une hiérarchie. Le juge est seul à détenir toute compétence pour les questions de

1. Les jurés sont au nombre de douze. On a soin de choisir des membres qui possèdent la même langue que les parties. Si les parties sont de langue différente, on désignera six Canadiens-Anglais et six Canadiens-Français.

Droit. Le jury n'ayant que la connaissance des faits. Mais, en cette matière, ce dernier jouit d'une liberté totale d'accorder sa confiance à tel témoin plutôt qu'à tel autre, et son appréciation est définitive. On imagine dès lors le rôle considérable que jouera le jury dans l'établissement de la preuve.

Pour démontrer le poids du verdict dans la détermination de la faute, et partant, dans la théorie de la responsabilité, nous avons recueilli un exemple des questions posées au jury dans l'une des causes les plus récentes qui soient parvenues jusqu'à la Cour suprême¹. C'est l'affaire *Montreal tramways C^o v. Rosario Guérard*². La Cour suprême, le 2 février 1937, a affirmé le jugement de la Cour du Banc du Roi qui déjà, entérinait celui de la Cour supérieure, siégeant avec un jury.

Voici les questions qui avaient été posées au jury :

1. L'accident a-t-il été causé par la seule faute du chauffeur de l'automobile dans lequel avaient pris place les victimes? et, si oui, dites en quoi a consisté telle faute.

Réponse : Non, unanime.

2. Cet accident a-t-il été causé par la seule faute de la défenderesse Montreal Tramways C^o et du wattman? et, si oui, dites en quoi a consisté telle faute.

Réponse : Oui, excès de vitesse, et négligence de la part du wattman (9 voix pour, et 3 contre)³.

3. Cet accident a-t-il été causé par la faute commune des victimes, de leur chauffeur, de la C^o de tramways et du wattman et, si oui, dites en quoi a consisté la faute de chacun.

1. Les détails que nous donnons ci-après sont destinés, en outre, à faire ressortir les différences que présente ce système avec celui qui est utilisé aux Etats-Unis où : « Il n'est pas posé au jury de questions séparées sur les différents points contestés... Le jury doit donner une seule réponse globale, ce qui évidemment empêche de guider et contrôler ses appréciations. » Cf. Henri Battifol : « Remarques sur le fonctionnement de la justice civile aux Etats-Unis », p. 114 (article paru dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1937).

2. *C. L. R.*, 1937, p. 76.

3. Aux Etats-Unis, le verdict doit être unanime.

Réponse : Non (9 voix pour, et 3 contre).

C'est de ce verdict du jury que la compagnie a fait appel ; elle estimait, en effet, que le verdict était contraire à la preuve. Elle prétendait, en outre, que le montant des dommages-intérêts avait été surestimé.

A la Cour suprême, l'Honorable Juge Rinfret a fait remarquer que l'art. 501 du Code de procédure s'opposait à ce que fût remise en question la preuve telle qu'elle a été énoncée par le verdict ; ou, du moins, les conditions requises pour l'admission d'un tel appel n'étaient-elles pas réunies en l'occurrence¹.

Quant au montant des dommages-intérêts, il doit également rester souverainement fixé par le jury, à moins que l'appelant ne parvienne à prouver que les jurés ont été induits en erreur².

Il est à remarquer que les juges de la Cour du Banc du Roi avaient déjà appliqué l'art. 502 dans ce sens, et qu'ils s'étaient inclinés devant le verdict du jury. Ainsi, M. Justice Barclay avait-il énoncé l'impossibilité de substituer son propre sentiment à celui du jury, bien que les éléments de la preuve lui eussent apparu contenir une faute commune des deux chauffeurs des véhicules en collision.

Un autre juge du même Banc considérait comme uniquement responsable, le chauffeur de l'automobile où les victimes avaient pris place. Enfin, aucun d'entre eux ne l'aurait complètement exonéré.

L'Honorable Juge Rinfret, qui a rendu le jugement de la Cour suprême, exprime également l'impossibilité de remettre en question le verdict du jury. Par conséquent, du fait même de la présence du jury à l'audience, le rôle du juge se borne généralement à enregistrer le verdict. S'il

1. Un verdict n'est pas pris en considération quand il n'est pas conforme à la preuve prise dans son ensemble, ou quand le montant adjugé est « si minime ou tellement excessif » que les jurés se sont, à coup sûr, laissés impressionner par des motifs déraisonnables. Cf. 1933, Cour Supérieure (Juge Fabre-Surveyer), *Slavsky vs. Toscano*, 40, *R. L.*, n. s., p. 1.

2. Article 502 du Code de procédure civile.

estime que celui-ci est entaché d'illogisme, il ne peut renvoyer le jury avec de nouvelles instructions pour le modifier¹.

Ainsi en a jugé la Cour de révision de Montreal, dans la cause *Fleurquin v. Pilon*, en 1914².

Dans le procès par jury, le juge doit donc s'incliner devant la constatation des faits. Mais il reste maître des questions de Droit, c'est-à-dire des conséquences légales du verdict. C'est lui qui décide si les faits tels qu'ils ont été consignés dans ce verdict, permettent d'en déduire une preuve suffisante³. Autrement dit, le passage du fait au droit ne peut s'opérer sans son intervention. Mais, l'art. 491 (remplacé par 10 Geo. V. ch. 79 ab.) vient encore restreindre son pouvoir en permettant aux parties de demander par voie de motion un jugement suivant le verdict.

Il en résulte que, dans la mesure où le juge de la Cour supérieure est à même d'édifier des théories juridiques, ou de concilier des décisions contradictoires, l'institution du jury ne peut que restreindre encore cette mesure. Une jurisprudence ne se déduit pas d'une suite de verdicts.

Néanmoins, avons-nous pu recueillir le témoignage de

1. Aux Etats-Unis, par contre, le juge « a généralement le droit, s'il trouve le verdict par trop inattendu, de le mettre à néant, et d'ordonner que la procédure soit recommencée devant un autre jury », cf. H. Battifol, *op. cit.* p. 114.

2. 40, *Revue Legale*, p. 370.

Dans cette affaire, le juge du procès avait fait remarquer au jury que, d'après son verdict, l'accident n'était pas causé par la seule faute du fils du demandeur, ni par la seule faute des défendeurs, et qu'il n'était pas causé non plus par la faute commune du fils mineur du demandeur et des défendeurs...

Dès lors, comment, et sur quelles bases, le jury avait-il pu prononcer un verdict de \$ 2.000?

Le juge de la Cour Supérieure, estimant que le verdict du jury était empreint d'illogisme, l'avait renvoyé délibérer à nouveau. La Cour de Révision lui dénie ce droit, et affirme que, dans un tel cas, il convient de faire un nouveau procès.

3. Le juge peut rendre un jugement différent du verdict lorsqu'une des parties présente une demande ayant cet objet. Cette règle qui s'appliquait devant la Cour de Révision, concerne, depuis l'abolition de celle-ci, le juge d'un procès.

juges qui apprécient le système du jury parce qu'il revêt la sentence d'un anonymat que ne comporte nullement l'institution du juge unique qui siège à la Cour supérieure.

Les Cours du Banc du Roi modifient rarement le quantum des dommages qui a été fixé en première instance. La Cour suprême le respecte également¹. C'est là une coutume qui s'est peu à peu formée.

En France, cette matière ne parvient pas non plus au faite de la hiérarchie judiciaire. C'est la distinction entre le fait et le droit qui s'oppose à son examen par la *Cour de cassation*.

Nous voyons donc, dans les deux pays, cette distinction présider à la répartition des compétences. Mais, notons qu'au Canada, l'institution du jury exige que la spécialisation soit opérée dès la première instance, alors qu'en France, c'est seulement au dernier échelon que nous la rencontrons.

La règle fondamentale qui régit les attributions de la Cour de Cassation, dans la conception originale de son institution, est celle qui lui interdit de : « réformer un mal jugé si la décision ne viole pas un principe de droit formulé par une loi »². L'erreur de fait ne peut pas davantage donner lieu à un pourvoi en cassation. Le « mal jugé » est autre chose que l'erreur de fait. C'est plus particulièrement « l'appréciation des documents et des circonstances de la cause³ ».

Dans une première étape⁴, la Cour de cassation, déclarait souveraine la décision du juge du fond quant à la relation de cause à effet entre la faute et le dommage⁵.

1. Cf., 6, *S. C. R.*, 482; et Mignault, *Droit canadien*, t. V, p. 222.

2. Crépon, *Du pourvoi en Cassation*, t. III, p. 5, n° 7.

3. *Ibid.*, p. 6.

4. L'arrêt du 17 juillet 1872 (S. 72.I.386) abandonnait à l'appréciation des juges du fond l'examen des faits constitutifs de la faute.

5. Nous avons pu remarquer, par l'exemple des questions posées au jury dans la cause rapportée plus haut, que dans la Province de Québec, cette notion rentre strictement dans le domaine du fait.

Puis, en 1910, dans un arrêt du 28 février¹, nous voyons la Chambre civile étendre largement son pouvoir de contrôle sur la question de savoir si les faits constatés par le juge du fond renferment les éléments juridiques de la faute. Afin de déterminer la causalité du dommage, elle examine la mesure dans laquelle la victime a pu contribuer à l'accident. Cet arrêt est des plus nets, mais la voie lui avait déjà été frayée par tous ceux dans lesquels la Cour avait employé la formule : « C'est à bon droit que l'arrêt attaqué a repoussé l'action en dommages-intérêts ».

Pour ce qui est des caractères juridiques de la faute, la Chambre civile s'était, dès le milieu du siècle dernier, arrogé le droit de les examiner², et, ceci, par un détour qu'il nous paraît opportun de relater ici : Elle laisse au juge du fond, le soin d'examiner si l'auteur de l'accident avait pris certaines précautions, mais c'est elle qui détermine quelles étaient les précautions indispensables en l'espèce. La Chambre des requêtes a, pendant trente ans, résisté à cette manière de voir. Elle s'y est cependant ralliée le 7 février 1877.

Par conséquent, la Cour de Cassation reste maîtresse de déterminer les limites de sa compétence dans la mesure où elle étend ou restreint les domaines respectifs du fait et du droit. Il lui arrive, par là, de déborder les frontières qui l'enserraient lors de sa création³. On tenait alors à ne pas assigner au tribunal de cassation le rôle qu'aurait revêtu une juridiction d'appel. Il s'agissait de ne pas faire revivre la multiplicité des appels dont l'Ancien Régime avait pu constater les inconvénients.

Actuellement, certes, la Cour de cassation ne constitue pas, à proprement parler, une nouvelle juridiction d'appel.

1. S. 1911.I.329.

2. S. 1847.I.360.

3. Cf. Crépon, *Du pourvoi en cassation*, t. I, n° 63, rapporte les paroles de Joly de Fleury, d'après lesquelles le recours en Cassation aurait été institué bien plutôt « pour le maintien des ordonnances que dans l'intérêt des justiciables ».

Toutefois, elle manifeste une tendance marquée à dépasser son rôle¹ et, sous prétexte d'*apprécier* les faits, elle ne laisse aux cours inférieures de pouvoir souverain à leur égard qu'en ce qui concerne la *constatation*².

Nous sommes loin de déplorer que la Cour de cassation s'arroge un tel droit de regard. Il se justifie par tous les avantages que présente l'unification jurisprudentielle dont elle est le laboratoire. Déjà, en 1892, M. Crépon³, se félicitait de cette tendance nouvelle de la Cour de cassation, car, disait-il : « Dans ce contrôle exercé de haut et de loin, » se trouve la véritable sauvegarde contre l'arbitraire qui » pourrait se rencontrer dans les décisions d'une justice » parfois rendue trop près des intérêts qu'elle est chargée » de régler. »

A cet égard, l'exemple du *Conseil privé*, qui couronne la hiérarchie judiciaire du Canada, nous montre comment l'interpénétration du concret et de l'abstrait favorise une impulsion souple et vivante, parce qu'elle est très près des réalités.

Il est vrai que l'institution du Conseil privé ne répond pas aux mêmes besoins que la Cour de cassation. Il ne faut pas perdre de vue que, lorsque, au XVIII^e siècle, grandit l'Empire colonial de l'Angleterre, ce sont les colonies qui ont imploré la grâce du Roi comme recours suprême contre les décisions des Cours locales⁴.

Ce rôle a été confié à une section du Parlement qui, dès le XIV^e siècle, se trouvait chargée des affaires soulevées au

1. Cf. note G. Appert, sous Cass. civ., 13 janvier 1908, S. 1911.I.317.

2. Cf. l'attendu suivant, relevé dans un arrêt du 17 novembre 1936 (S. 1937.I.53) : « Attendu que s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les circonstances d'où dérive la responsabilité d'un fait dommageable, l'appréciation des faits à laquelle ils se livrent en leur imprimant le caractère légal d'une faute, est susceptible d'être révisé par la Cour de cassation. »

3. Crépon, *Du pourvoi en Cassation*, t. III, p. 5, n° 7.

4. Bentwich, *Privy Council Practice*.

delà des mers. Ces membres du Parlement comprenaient non seulement des juges, mais aussi des évêques, des abbés, des prieurs, et des « *peers* ». Et leur mission n'était pas exclusivement de nature juridique. La politique y tenait une large place. Ainsi donc l'origine et la composition du Comité judiciaire du Conseil privé expliquent-elles dans une certaine mesure sa tendance à statuer plutôt en équité qu'en droit strict.

Actuellement, les raisons politiques qui justifient le maintien du Comité judiciaire ne sont plus celles qui ont présidé à sa création. Sa composition également s'est modifiée. Elle est constituée par de véritables spécialistes des questions juridiques. Mais la tradition, qui, en Angleterre, donne la clef d'un grand nombre de constatations, explique que se soit si peu atténuée, au cours des âges, la tendance du Conseil privé à statuer en fait aussi bien qu'en droit. L'examen des jugements qui émanent de son Comité judiciaire révèle surtout le souci de résoudre le point précis qui est soumis à sa barre, plutôt que d'ajouter un chaînon à une jurisprudence qui serait une suite logique et constructive¹.

Lorsqu'on feuillette le recueil des jugements rendus au Conseil Privé de Londres, on pense, malgré soi, au mot si profondément anglais : « Les vraies philosophies s'inquiètent de l'instant. »

Il est fort rare, en effet, que les Lords du Conseil privé laissent échapper des formules générales qui pourraient lier leur attitude dans l'avenir. Ce sont les circonstances de la cause qui prévaudront à leurs yeux au moment de rendre la sentence, bien davantage que des principes immuables.

C'est dans ce sens, croyons-nous, que cette juridiction mérite mieux le nom de « Comité judiciaire » que celui de « Cour ». La différence de forme résidant dans le fait que les Lords proposent une solution au Roi, bien plutôt qu'ils

1. Cf. Pouliot, *Revue du Droit*, t. IV, p. 389.

ne statuent ou rendent une sentence, constituerait à elle seule une nuance insuffisante pour justifier une telle appellation. En effet, le Roi n'a jamais manqué d'approuver l'avis de son Conseil, et, en le revêtant de son approbation officielle, il lui donne la forme d'un jugement véritable. Mais, ici, comme dans maintes institutions, la forme cache un sens substantiel et profond : Du fait que les Lords soumettent au Roi l'avis que les intérêts de l'Empire britannique seraient mieux respectés si l'on adoptait telle solution, n'y a-t-il pas une porte ouverte à l'immixtion de la politique dans le Droit¹ ?

Gardons-nous cependant de rien exagérer, et constatons qu'en dehors des questions où l'ordre public paraît en jeu, le Conseil privé se montre scrupuleusement respectueux de la lettre de la loi. Il analyse les textes avec une subtilité pénétrante, au fur et à mesure que l'occasion s'en présente. Il n'en reste pas moins vrai que le trait le plus caractéristique qui ait été trouvé pour dépeindre les juges du Conseil privé est contenu dans cette formule traduite de M. Walton : « Ils estiment que leur tâche ne dépasse pas l'espèce qui » leur est soumise. Ils évitent, autant que possible, de » poser des règles juridiques qui en débordent le cadre. »

III. La hiérarchie judiciaire.

L'aperçu qui vient d'être esquissé au sujet des attitudes adoptées par les juridictions suprêmes en face des conséquences qu'implique la distinction du fait et du Droit, cet aperçu nous a permis d'entrevoir l'une des données qui conditionnent l'autorité dont sont munies ces juridictions.

Il nous reste à préciser cette notion, en envisageant les

1. C'est ainsi que dans la question des mariages catholiques (cause Tremblay-Despatie), le Conseil Privé a fait prévaloir la raison d'Etat sur la lettre du Code civil.

autres considérations qui président au rôle respectif qu'elles jouent dans l'œuvre d'unification jurisprudentielle.

Pour qu'il y ait création de droit par les tribunaux, et que cette création ne soit pas un échafaudage hâtif, et sans cesse démolí, il faut que les tribunaux soient hiérarchisés de telle sorte que l'un d'eux donne une impulsion définitive à la construction jurisprudentielle. Encore faut-il que celui-là même qui jouit du droit du dernier mot puisse le faire entendre dans un nombre suffisant d'espèces pour que l'éventualité de son contrôle n'apparaisse pas comme un mythe aux autres juridictions.

Nous avons fait ressortir, au cours du précédent paragraphe, la tendance actuelle de la Cour de cassation à élargir son droit de regard. Elle n'en a la possibilité que par la façon, plus ou moins compréhensive, dont elle opère la distinction du fait et du Droit. Il convient donc de ne pas affecter d'une portée démesurée une simple tendance, mais surtout de ne pas perdre de vue qu'en principe, l'accès à la Cour de cassation demeure soumis à des conditions d'ouverture nettement déterminées par la Loi.

L'appel du Conseil privé se trouve-t-il également assujéti à une réglementation de cet ordre ?

Le système adopté à cet égard se caractérise par son ingénieuse souplesse. Il comporte deux catégories d'appel :

1° *L'appel de droit*, dont les cas d'ouverture se trouvent limités par les dispositions légales.

2° *L'appel de grâce*, qui peut être accordé par permission du Conseil privé. Celui-ci jouit, en la matière, d'une complète latitude.

Ainsi, le Comité judiciaire apparaît-il beaucoup plus maître de déterminer sa propre compétence que la Cour de cassation.

Ce qui explique, sur ce point, la souplesse du droit public anglais, c'est que la permission d'appel accordée par le Conseil privé doit être conçue comme l'exercice d'une prérogative royale. Faut-il en conclure que la pro-

portion des affaires portées à sa barre sera beaucoup plus considérable que celle des causes qui, en France, parviennent jusqu'au sommet de la hiérarchie judiciaire?... Non, certes, car les statistiques nous apportent un démenti formel à une vue aussi hâtive des choses. Il n'y a guère plus qu'une ou deux causes de Québec qui soient portées annuellement au Conseil privé. Les frais énormes qu'occasionnent ces appels justifient amplement leur rareté : Outre le déplacement des avocats canadiens jusqu'à Londres, il faut les indemniser d'un séjour qui peut se prolonger jusqu'à six ou huit semaines. Il faut encore rémunérer d'autres avocats attitrés auprès du Conseil privé, et payer un prix considérable l'impression des mémoires sur un papier spécial. Tous ces débours n'entrent que pour une faible part dans les frais de justice proprement dits. On cite ainsi un procès retentissant qui a coûté près d'un million de francs aux plaideurs. Il y a de quoi décourager tous les entêtements qui ne sont pas stimulés par l'appât d'un très gros enjeu. Aussi la plupart des causes portées devant le Conseil privé l'ont-elles été par des sociétés commerciales. Quant à celles qu'intentent des particuliers, elles concernent presque exclusivement le droit successoral, parce que, seules, les grosses successions offrent un avantage qui compense les frais auxquels nous venons de faire allusion.

Il en résulte que le Conseil privé est loin de dominer le Droit de Québec avec la même envergure que la Cour de cassation quant au Droit français. Il est peu de questions juridiques, en France, sur lesquelles la Cour de cassation n'ait pas eu son mot à dire. D'ailleurs, son domaine ne reste pas à la merci exclusive des parties en litige. Le procureur général près la Cour de cassation a reçu la mission de surveiller les arrêts des Cours d'Appel et les jugements des tribunaux. Ceux qui lui paraissent erronés peuvent être évoqués, soit par lui, soit par le ministère de la justice devant la Cour de cassation, pour qu'elle fasse connaître

une voix décisive qui rétablira l'harmonie jurisprudentielle que l'incurie des plaideurs risquerait de laisser en défaut. L'organisation judiciaire de Québec, étant créée à l'image de celle qui existe en Angleterre, ne possède pas de mécanisme permettant de régler définitivement les controverses que les particuliers ne font pas trancher par la voix de l'organe suprême. Au Canada, comme en Angleterre, l'intérêt des justiciables paraît prévaloir celui de la justice. C'est, au contraire, exclusivement à cette dernière préoccupation que répond, en France, le *pourvoi formé dans l'intérêt de la loi*, car ce pourvoi n'exerce aucun effet à l'égard des parties en cause.

La portée purement doctrinale d'un tel recours est assurément conforme à la logique d'une institution qui assume, au premier chef, un rôle d'unification jurisprudentielle.

C'est à la spécialité de cette mission que répond également la voie de rétractation par laquelle elle agit, tandis que le Conseil privé réforme les jugements, comme une véritable Cour d'appel. Il n'est pas indifférent de noter que les pouvoirs de la Cour de cassation consistent à contrôler la conformité des jugements et des arrêts avec les normes juridiques préexistantes. La connaissance des moyens par lesquels s'exerce son autorité permet, en effet, de mieux apprécier la mesure et l'efficacité de celle-ci. Or, l'une et l'autre se trouvent en raison directe de la soumission avec laquelle les Cours de renvoi s'inclinent devant l'orientation que la Cour de cassation tente de faire prévaloir. Nous savons qu'elles ne sont astreintes à s'y conformer qu'après un arrêt émanant des Chambres réunies¹. Mais, en dehors de ce cas où la décision souveraine de la Cour de cassation lie le juge de la façon la plus formelle, la plupart de ses arrêts témoignent d'une telle hauteur de vues et sont empreints d'une si profonde science juridique qu'ils inspirent à toutes les juridictions un respect indé-

1. Conformément à la loi du 1^{er} avril 1837.

niable. Qu'il nous suffise, pour apporter une preuve à l'efficacité de ce respect, d'évoquer la rareté des arrêts prononcés par les Chambres réunies.

Cette procédure qui constitue l'*ultimum remedium* en cas de conflit réitéré entre la Cour de cassation et les Cours de renvoi, cette procédure n'a été utilisée que quatorze fois en soixante-quinze ans¹. Si l'on songe, d'autre part, que la Chambre civile, à elle seule, rend annuellement plus de deux cents arrêts, on constate la très faible minorité des cas de résistance des juridictions subordonnées. Ajoutons que ces quatorze décisions souveraines se divisent exactement par moitié entre arrêts de rejet et arrêts de cassation. Dans ces derniers, l'autorité de la Cour a eu raison de l'opiniâtre résistance des juridictions inférieures. Mais ce sont elles, à leur tour, qui ont triomphé chaque fois que les Chambres réunies ont prononcé un arrêt de rejet.

Il n'est donc pas rare de voir la Cour de cassation abandonner le point de vue soutenu par l'une de ses Chambres, et se rallier à l'interprétation des Cours d'appel. Aussi, convient-il de réserver une large part au rôle qu'elles jouent dans l'élaboration du droit jurisprudentiel. Certaines théories juridiques ont été, de toutes pièces, constituées par les Cours d'appel, sans jamais avoir l'occasion de recevoir l'approbation formelle de la Cour de cassation².

Un grand nombre d'innovations juridiques que jus-

1. De 1857 à 1932. Bien entendu, nous ne faisons allusion ici qu'à des arrêts mettant fin à des controverses portant exclusivement sur des questions de droit civil.

2. Citons, en manière d'exemple, la théorie de l'erreur, qui doit son essor à la Cour de Bordeaux. C'est de son arrêt du 22 mars 1899 que provient cette position très nette : « Il y a erreur lorsqu'au moment de la transaction, la victime ne se doutait pas de la gravité de la blessure... » La Cour de cassation s'est toujours montrée beaucoup plus réticente. Il lui répugnait, semble-t-il, de se prononcer par voie de définition aussi générale. Pendant soixante ans, elle s'est contentée d'examiner la situation en affectant du plus grand poids possible les circonstances de la cause.. Bien qu'en 1901 (Civ., 29 juill. 1901) elle ait flétri le système de l'erreur, celui-ci n'a pas été abandonné par les cours d'appel. La résistance dont celles-ci ont fait montre est même parvenue à inspirer à la Cour de cassation l'attitude qu'elle a adoptée dans son arrêt du 14 mars 1934 (S. 1935.I.378).

tifiaient des considérations tirées de l'utilité sociale doivent leur incorporation dans le Droit français aux arrêts des Cours d'appel. Le progrès du droit, consécutif à l'entraînement des faits peut être plus aisément réalisé par des juridictions dont le droit de regard s'étend à tous les éléments du procès.

A tous les échelons de l'organisation judiciaire du Canada, le litige se trouve examiné par des juges du fond. Sous ce rapport, ce sont, non seulement les Cours du Banc du Roi, et la Cour suprême d'Ottawa qui correspondent à nos Cours d'appel, mais aussi le Conseil privé de Londres. Ce dernier, cependant, nous avons préféré le rapprocher de la Cour de cassation, parce qu'il occupe la position la plus élevée. Mais la rareté des recours présentés à sa juridiction permet d'affirmer que la plupart des questions controversées en Droit civil ont trouvé leur solution définitive dans des décisions émanant de la Cour suprême d'Ottawa.¹ Le rôle que joue celle-ci dans l'unification jurisprudentielle est incontestablement facilité par l'unité de son siège. Il se précise assez nettement lorsqu'on sait que les juridictions inférieures ont coutume de se conformer à l'orientation suivie par la Cour suprême, lorsque, par deux fois, elle s'est manifestée dans le même sens. C'est à cette coutume que faisait allusion le Juge en chef Lacoste, lorsque, dans la cause *Vassal v. Salvas*¹, il disait à propos d'une décision de la Cour suprême : « Cette décision, rendue dans la cause » *Taplin v. Hunt*, bouleverse notre jurisprudence. Si » néanmoins, la Cour suprême persiste, notre devoir sera » de nous incliner. »

En somme, pour qu'une jurisprudence fasse autorité, c'est-à-dire, qu'elle puisse être qualifiée de « définitive et bien arrêtée² » il faut que la Cour ait réitéré son point de

1. R. J. Q., 5, *Queen Bench*, p. 358.

2. Cf. Mignault : « L'autorité judiciaire », article paru dans la *Revue Légale* (nouvelle série), t. VI, p. 169 : « Que si l'arrêt cité est d'une cour d'appel ou de dernier ressort, et qu'il soit clair que cet arrêt représente la jurisprudence

vue. C'est son insistance qui mettra obstacle à une opposition nouvelle des juridictions subordonnées. La Cour suprême du Canada jouit donc d'une incontestable autorité auprès des juridictions provinciales. Mais cette autorité est-elle mise au service d'une œuvre d'unification juridique ?

Certes, les membres de la Cour suprême sont animés du sincère désir de respecter dans son intégrité le droit des justiciables. Mais les meilleures volontés à cet égard peuvent être contrecarrées par des facteurs susceptibles d'agir à leur insu : La composition même de la Cour suprême, et la nature de ses attributions nous apparaissent comme les conditions les plus propices à l'infiltration de principes tirés de la Common Law dans le Droit civil de Québec. Nous n'en voulons pour preuve que le témoignage très autorisé d'un juge à la Cour suprême, l'Honorable Henry Hague Davis : Il faisait remarquer, dans un article paru en 1937 qu'il y avait interpénétration constante entre les deux grands systèmes juridiques qui se juxtaposent au prétoire d'Ottawa¹.

Cette interpénétration, nous l'attribuons, d'une part, à la composition, parce que, outre les deux juges originaires de la Province de Québec, il se trouve sur le siège, trois autres juges qui proviennent de régions canadiennes soumises à la Common Law. D'autre part, nous croyons qu'elle est rendue inévitable par la nécessité où se trouvent les juges de statuer sur des causes soulevées dans toute l'étendue du Dominion. Un tiers d'entre elles proviennent de la Province de Québec. Les autres doivent être jugées selon la Common Law. On imagine, dès lors, combien les connaissances des juges doivent être étendues. Il faut également qu'elles soient assez approfondies pour que leur

bien arrêtée et définitive de cette cour, les tribunaux d'un degré inférieur ne manqueront pas de l'accepter, et, cela même alors qu'ils auraient des doutes sur sa valeur juridique. »

1. Cf. *The future of the Common Law*, p. 166.

personnalité juridique puisse en quelque sorte se dédoubler¹.

Notons, au passage, que ces éminentes qualités se trouvent également exigées des membres du Conseil privé, et à une échelle plus élevée encore : Ils ont à connaître, en effet, de points litigieux soulevés dans toutes les parties du globe qui composent l'Empire britannique. Ils doivent donc appliquer les coutumes les plus hétérogènes, et assurer le respect de ces innombrables différenciations juridiques. Et comme ce sont « souvent les mêmes juges qui siègent indifféremment au Conseil privé ou à la Chambre des Lords² » on ne peut s'empêcher de remarquer combien le plan sur lequel est conçue l'organisation judiciaire de l'Empire britannique s'oppose au principe de spécialisation qui domine la nôtre.

Assurément, le désir de compartimenter les compétences s'est manifesté comme une caractéristique de l'esprit latin ; mais il convient d'ajouter que la forme unitaire de la République française s'y prêtait davantage que la superposition des pouvoirs qui existe au Canada, de par sa double qualité de Dominion et d'Etat fédéral.

Ces deux cadres ayant été étudiés, nous circonscrivons maintenant notre examen dans les limites de la Province de Québec : C'est la Cour du Banc du Roi qui est la juridiction d'appel, tandis que la Cour supérieure correspond à nos tribunaux civils de première instance.

La Province de Québec a été divisée en vingt-quatre districts judiciaires dont chacun constitue le ressort d'un juge à la Cour supérieure. En adoptant ce régime de décen-

1. Lors d'une séance de la Chambre des Communes d'Ottawa, en 1881, un député de l'Ontario, M. Mc Cuaig, faisait remarquer : « Une cause jugée par notre Cour d'appel composée de quatre des meilleurs juges de l'Ontario, peut être portée en appel à la Cour Suprême, et la décision de ces quatre juges peut être renversée par les quatre juges de la Province de Québec et des provinces maritimes, qui ne sont pas du tout versés dans nos lois. »

2. Cf. Mignault, « L'appel au Conseil Privé », *Revue du Droit*, t. XV, p. 135.

tralisation, on a voulu placer le juge près de ses justiciables.

Quant à la Cour du Banc du Roi, elle siège alternativement à Québec, qui est la capitale de la Province, et à Montréal, qui en est la ville la plus peuplée. Elle est composée de onze juges nommés à vie¹. C'est un quorum de cinq membres qui est requis pour la reddition du jugement. Le système de roulement qui a été instauré à la Cour du Banc du Roi répond à un idéal d'unification jurisprudentielle. Il remédie aux inconvénients qu'avait révélés le fonctionnement de la Cour de révision, dont la dualité permanente des sièges avait entraîné la formation de deux courants distincts d'interprétation.

Pour préciser dans quelle mesure s'achemine la réalisation d'un Droit unifié par toute la province, il n'est pas indifférent de noter qu'au cours de l'année dernière, près de 50% des sentences rendues en Cour supérieure ont été infirmées en appel. Il reste donc à aplanir bien des divergences d'interprétation. Ce pourcentage est assez considérable pour qu'on puisse mettre en doute l'ascendant de la Cour du Banc du Roi sur les juges de la Cour supérieure. Ceux-ci, à vrai dire, ne se soumettent pas toujours à l'autorité des décisions rendues à la majorité d'une seule voix. Aussi est-il permis de se demander si l'intégrale publicité des débats constitue un facteur propice à l'unification jurisprudentielle. C'est à ce problème que sera consacré le prochain paragraphe.

1. Dans la composition actuelle de la Cour du Banc du Roi, quatre des juges sont canadiens de langue anglaise, et sept de langue française.

Les membres de cette Cour ne sont pas obligatoirement d'anciens juges de la Cour Supérieure.

IV. La forme des jugements.

Le lecteur qui feuillète les recueils de jurisprudence est frappé des différences qui existent quant à la rédaction des sentences judiciaires, en France et en Québec. Dans la province canadienne, en effet, les règles de procédure d'origine française¹ se doublent d'un usage emprunté à la manière britannique de rédiger les jugements. La sentence proprement dite s'y trouve précédée de tous les raisonnements qui ont pu incliner le juge à adopter telle solution. Le processus de la pensée du juge est dévoilé dans les moindres détails. C'est avec la plus grande minutie que sont exposées les circonstances de fait et que sont pesés les arguments juridiques proposés dans les plaidoyers.

Ces longs développements se nomment les « Notes des Juges ». Ils sont prononcés au tribunal et publiés dans les recueils de jurisprudence. Ils renferment de véritables monuments de doctrine, qui sont éminemment instructifs pour l'étudiant, et précieux pour l'avocat. Ils intéressent également le comparatiste par le contraste qu'ils présentent avec les sentences françaises obligatoirement exprimées dans une forme aussi concise que possible. Au Canada, comme en Angleterre, le juge n'est aucunement astreint à suivre des règles précises concernant la forme des jugements. Aussi les rédactions seront-elles autant de reflets des personnalités qui les signent. Les unes constituent des narrations très détaillées, où toutes les circonstances de fait apparaissent scrupuleusement fouillées². D'autres affectent

1. Cf. article 541 du Code de procédure civile de la Province de Québec.

2. M. Lambert s'est inquiété de faire saisir aux juristes français l'opposition qui existe entre la sentence française et l'arrêt anglais (auquel ressemble le jugement canadien par sa forme développée). Il a publié, à cet égard, la traduction d'un report qui occupe, à lui seul, 181 pages des *Law Reports* de 1898. Nous renvoyons le lecteur curieux de pénétrer les méthodes d'élaboration de la jurisprudence britannique, au tome II de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé.

plutôt le genre du commentaire, rappelant l'historique d'un texte de loi, ou bien évoquant tous les points de comparaison qu'il est possible de dégager entre la cause actuelle et les précédents cités par les avocats. Certaines paraissent venues d'un seul jet de plume, comme d'habiles dissertations qui enveloppent leur fil conducteur au point de ne pas le laisser percevoir¹. Il s'en trouve, par contre, qui révèlent une gradation logique entre les différentes idées classées en autant de paragraphes, débutant par le mot « Considérant », s'il s'agit de circonstances de fait, ou par le terme « Attendu » lorsque est exprimé un argument de droit².

Ces deux termes peuvent exprimer d'autres nuances : Ainsi, en Cour supérieure, ce sont généralement des « attendus » qui reproduisent les prétentions des parties, tandis que les considérants annoncent la propre pensée du juge et sa manière de voir.

Parmi les développements du juge, il convient de distinguer l'*obiter dictum* du *judicial dictum*. Le premier exprime une simple opinion du juge, surajoutée au juge-

1. Elles révèlent la longue pratique du barreau à laquelle tout juge canadien doit sa formation juridique.

2. Voici, à titre de curiosité, le sommaire d'une décision de la Cour supérieure, rendue par le Juge Stein, dans la cause *Dupuis vs. la Corporation de Ste-Marie* (32 R.J., 53). Elle comprend 68 considérants qui ont été répartis sous quatre paragraphes, dont nous reproduisons l'en-tête :

a) Statuant sur la question de savoir à qui incombe la responsabilité des cours d'eau;

b) Statuant sur l'objection que le pont sous lequel passe le cours d'eau est situé sur une route provinciale;

c) Statuant sur l'objection que les dommages sont le résultat d'un cas fortuit, impossible à prévoir, et d'une force majeure insurmontable.

Au nombre des considérants qu'il rattache à cette idée générale, le Juge Stein invoque l'autorité des notes de l'Honorable Juge en chef Sir François Lemieux, dans la cause *Lemieux vs. Ruel*, 45, C. S., 390. L'événement doit être supérieur à la volonté individuelle, laquelle doit être impuissante à le prévenir ou à l'empêcher. Encore faut-il ne pas qualifier de cas fortuits les événements non calamiteux en eux-mêmes, qui sont le résultat du cours ordinaire et régulier de la nature.

d) Statuant sur la quotité des dommages :

Considérant que cette Cour, après avoir fait la part des exagérations des deux parties, et tenant compte des détails fournis comme particularités, quant aux dits dommages, croit devoir les évaluer en bloc à la somme de \$ 150.00

ment à titre purement explicatif. Il ne fait pas partie intégrale de la sentence, comme le *judicial dictum*, qui constitue la *ratio decidendi*. Seul, le *judicial dictum* est sanctionné par le serment du juge, qui lui confère, par là même, toute son autorité.

Le jugement est rendu soit en français, soit en anglais, suivant le gré du juge ou la langue des parties. Généralement, dans les causes soumises au Banc du Roi, ou à la Cour Suprême, on voit se juxtaposer l'emploi de ces deux langues au cours d'une même décision. En effet, chacun des membres de ces Cours a le droit de faire connaître son opinion personnelle au public. La sentence proprement dite se trouve donc précédée de cinq dissertations qui s'appesantissent plus ou moins sur tel point du débat, et dont les conclusions sont rarement unanimes¹.

L'orientation définitive de la sentence résulte de la décision majoritaire, mais les notes dissidentes reproduisent tous les arguments de la minorité. Cette publication forme le plus vivant contraste avec le secret des délibérations qui entoure la sentence collective des cours françaises². Elle répond à la logique d'une organisation

1. Au Conseil Privé, par contre, les notes du rapporteur sont censées exprimer le sentiment unanime des membres du Comité judiciaire. Cette procédure est intéressante à opposer à celle qui est usitée à la Cour de cassation. Là, en effet, l'avocat-général propose des conclusions qui ne sont pas toujours adoptées par l'ensemble de la Cour. L'arrêt de la Chambre civile du 25 janvier 1937, offre l'exemple d'un cas où la Cour s'est prononcée en sens contraire des conclusions émises par son avocat-général. Cf. S. 1937. I.201.

2. La publication des notes dissidentes a été décriée par M. A. T. Hunter, au cours d'un article paru en 1926 dans la *Canadian Bar Review*, sous le titre : « A proposal for Statutory relief from the Privy Council controversy ». L'auteur y déplore que les juges de la Cour suprême puissent, même quand ils n'ont pas assisté aux débats, faire paraître un avis qui n'est pas conforme à celui de la majorité. Il estime que c'est là un usage propre à développer l'esprit de chicane, car le plaideur malchanceux, apprenant que certains juges lui auraient donné raison, est encouragé à interjeter appel. D'autre part, il arrive que les juges des juridictions subordonnées s'inspirent d'opinions émises dans des notes dissidentes. Dès lors, conclut M. Hunter, les 6.050 avocats qui plaident au Canada doivent se faire de l'immanence de la justice une piètre idée quand ils voient leurs clients déboutés par une sentence tissée de fils qui émanent d'opinions minoritaires. Mieux vaudrait, à l'en croire, laisser aux éléments qui ont formé la décision, le caractère d'impondérables.

qui révèle en plein jour la responsabilité qu'assume, en son nom propre, chacun des Juges.

Les recueils d'arrêts.

Nous venons de voir avec quelle ampleur les « Notes des Juges » servent de commentaires aux décisions des Cours canadiennes. Elles jouent, en somme, un rôle comparable à celui qui, en France, est destiné aux annotations d'arrêts. Mais ces dernières émanent de juristes qui appartiennent à la doctrine, et non au palais.

Cette différence entraîne d'inévitables répercussions sur la portée des unes et des autres : L'efficacité des notes canadiennes est plus directe, puisque celles-ci sont incorporées à l'œuvre jurisprudentielle. En France, les annotations d'arrêt ne peuvent exercer qu'une influence plus ou moins tangible sur la jurisprudence, suivant la mesure où celle-ci consent à se laisser guider par les arrêtistes¹.

En outre, l'origine doctrinale et non judiciaire des annotations d'arrêts en France les revêt d'une tournure d'esprit critique qu'on ne saurait rencontrer dans les notes des juges canadiens.

Enfin, cette différence fondamentale explique que la présentation des recueils de jurisprudence canadiens ressemble beaucoup plus à celle des reports anglais qu'à celle de nos Sirey et Dalloz. Notons tout d'abord que l'aspect extérieur diffère de nos recueils aux dimensions imposantes. Ceux du Canada sont d'une manipulation plus aisée grâce à l'impression en gros caractères et au format in octavo.

1. L'impulsion donnée à la jurisprudence, grâce à ce moyen, par la doctrine, est parfois très réelle. Nous n'en citerons que l'un des plus frappants exemples en rappelant l'œuvre coordinatrice exercée par Labbé sur toute la matière des assurances sur la vie, qui a, pour ainsi dire, pris corps entre 1877 et 1889. Par là, il encourageait directement et très efficacement le pouvoir prétorien de la jurisprudence.

D'autre part, nous savons que le recueil Sirey ou Dalloz représentant l'année judiciaire, est divisé en trois parties, affectées chacune à un degré de juridiction. Autrement dit, il est loisible de trouver dans un même volume les décisions rendues en première instance et les arrêts d'appel et de cassation. Les recueils canadiens sont, au contraire, spécialisés quant aux Cours dont ils reproduisent les jugements.

Ils se caractérisent encore par la multiplicité des collections¹ semi-privées, semi-officielles, qui ne font pas exac-

1. Les unes n'ont fait qu'une apparition éphémère, mais la plupart, poursuivent parallèlement leur carrière. Nous citerons les principales, avec les abréviations usuelles :

P. R.....	Pyke's Reports.
S. R.	Stuart Reports.
M. C. R.	Montreal Condensed Reports.
R. de L.	Revue de Législation et de Jurisprudence.
L. C. R.....	Lower Canada Reports (commencé en 1850, il contenait les plaidoyers des avocats, en sus des jugements).
L. C. J.	Lower Canada Jurist.
L. C. L. J.....	Lower Canada Law Journal.
R. C.	Revue critique.
R. L.....	Revue Légale.
R. L. n. s.	Revue Légale nouvelle série.
Q. L. R.	Quebec Legal Reports.
L. N.....	Legal News.
D. C. A.....	Décisions de la Cour d'appel, publiées par l'avocat Dorion, de 1881 à 1884, à Montréal.
M. L. R. 1 S. C.	Montreal Law Reports, t. I, Superior Court.
M. L. R. 1 Q. B.	Montreal Law Reports, t. I, Queen Bench.
R. J. Q. 1 C. S.	Rapports judiciaires de Québec, t. I, Cour Supérieure. Avant d'être officiellement publiée par le Barreau de Québec, en 1892, cette collection contenait un recueil de rapports « révisés » qui a été édité par les soins de l'Hon. M. Mathieu, juge de la Cour supérieure de Montréal, et professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval. Il comprend des causes plaidées entre 1726 et 1892.
R. J. Q. 1 B. R.....	Rapports judiciaires de Québec, t. I, Banc de la Reine.
R. P.....	Reports de Pratique. (Ils concernent des questions de procédure.)

Les décisions de la Cour Suprême sont rapportées dans :

Reports of the Supreme Court.

Canada Supreme Court Reports (imprimé à Ottawa).

Dominion Law Reports (imprimé à Toronto, et qui contient toutes les causes principales de toutes les Cours du Canada, ainsi que toutes les déci-

tement double emploi, mais qui se complètent les unes les autres; à telle enseigne qu'une vue d'ensemble de la jurisprudence québécoise, par delà les frontières, rencontre un obstacle d'ordre matériel.

Signalons enfin que l'habitude anglaise de désigner les causes par les noms des parties s'est introduite au Canada. Elle s'oppose à l'usage français qui consiste à spécifier plutôt les décisions par la mention de leur date et de la juridiction qui les a rendues. C'est là un détail de forme qui n'est pas négligeable. Il indique, en effet, que l'ordre chronologique peut être diversement apprécié : En France, les juristes sont à l'affût des arrêts les plus récents, car ils témoignent de la dernière étape où est parvenue la jurisprudence. Dans la Province de Québec, la date du jugement paraît de moindre importance. Elle n'est pas même indiquée dans la référence. Les recueils de jurisprudence s'identifient par des numéros de tome, et les décisions par le nom des parties. Les juges de Québec assurent qu'il est beaucoup plus aisé de s'y reconnaître. Chaque jugement ayant un nom, revêt une physionomie propre, qu'accentue encore la personnalité du juge qui l'a rendu.

En France, les arrêts sont anonymes, mais ils prennent place sur le calendrier et l'évolution d'une jurisprudence se dégage de toute autre contingence.

sions du Conseil privé qui concernent le Canada).

Les avis du Conseil privé se trouvent encore dans des collections publiées à Londres :

Journal Law Reports.

Appeal Cases.

Une table de jurisprudence générale de la Province de Québec a été éditée par les soins de M. Beauchamp. Elle est mise à jour actuellement, et continuée par M. Thellier.

TITRE DEUXIÈME

L'édifice construit par le Juge

PREMIÈRE PARTIE

Les matériaux

Nous nous sommes efforcée jusqu'ici de définir la sphère dans laquelle évoluent les juges dans les deux pays de Droit civil que nous avons à comparer.

Ces données préliminaires nous ont permis de faire ressortir dans quelle mesure le juge est astreint à se conformer aux dispositions légales. Puisque celles-ci nous sont apparues comme les matériaux nécessaires de l'édifice jurisprudentiel, il convient maintenant de préciser les différences qu'elles peuvent présenter en France et dans la Province de Québec. Ces caractéristiques, naturellement, nous les envisagerons sous le seul angle qui nous préoccupe, c'est-à-dire au regard des répercussions qu'elles exercent sur le travail créateur des juges dans les deux pays considérés¹.

C'est à ce titre que nous rechercherons, en premier lieu, si le Code de Québec a été conçu dans le même esprit que le Code Napoléon.

Le point qu'ici nous voulons mettre en vedette, c'est que le Code français paraît encourager davantage le juge à aller de l'avant, tandis que le Code canadien rattache plus strictement son action au passé, et lui inspire le respect de la tradition. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler d'un mot les circonstances qui ont présidé à l'élaboration

1. Il ne nous a pas paru opportun de développer davantage l'étude des sources du Droit de Québec, car elle a été amplement traitée dans la thèse de M. Antier (Paris, 1923).

des deux Codes. Il ne s'est produit, au Canada, aucune secousse comparable à celle que la Révolution française a fait subir aux principes de l'Ancien Régime. L'évolution des idées s'est accomplie lentement et sans perturbation. Le Code de Québec ne répondait pas à un sentiment de réaction, et n'a pas été conçu comme l'implantation d'un Droit nouveau. Bien au contraire, il se définit comme étant la consécration, la cristallisation du Droit jusqu'alors existant. Sa rédaction avait pour but de remédier à l'éparpillement des sources juridiques de la province : Il s'agissait de codifier la Coutume de Paris, telle qu'elle était encore en vigueur au Bas-Canada¹ et d'y amalgamer tous les édits, ordonnances et statuts que les divers gouvernements y avaient successivement ajoutés.

A vrai dire, le Code Napoléon a, dans une certaine mesure, servi de modèle aux rédacteurs du Code de Québec, qui se sont inspirés de son plan, de sa forme, et de certaines dispositions de fond.

Mais à tout prendre, le Code canadien paraît plus près de l'ancien Droit que le Code Napoléon, car il a perpétué des institutions que le Code français avait abrogées pour se conformer aux directives du Droit de la Révolution.

L'esprit conservateur qui anima les commissaires à la codification québécoise conformément aux termes mêmes de la mission qui leur était confiée, cet esprit ne pouvait qu'insuffler le respect de la tradition à tous les jurisconsultes qui, depuis soixante-dix ans, se sont efforcés de déceler l'intention des législateurs². Ainsi s'explique que la jurisprudence canadienne fasse un appel plus fréquent que la jurisprudence française à des références tirées de la *Coutume de Paris*³, ou même du *Droit romain*. Ce dernier

1. Jusqu'en 1854, sur les 362 articles de la Coutume de Paris, il y en avait 289 qui étaient appliqués dans la Province de Québec. En 1854, l'abrogation du retrait lignager a restreint ce nombre à 252.

2. Cf. l'article 12 du Code de Québec, qui en impose l'obligation à l'interprète du Droit canadien.

3. Cf. à titre d'exemple, la cause Philippe vs. Desmarais (28, L. C. J., 291)

y revêt, en effet, la valeur d'un droit positif, bien plutôt qu'une autorité de raison, comme en France. Quant aux *Ordonnances* de Louis XIV, les jugements canadiens y font de fréquentes allusions. Elles ont été introduites dans la Nouvelle France par l'Edit de 1663, en même temps que la Coutume de Paris. Mais celles qui furent postérieures à cet édit ont donné lieu à des controverses passionnées sur la question de savoir si leur application au Canada requerrait un enregistrement spécial au greffe du Conseil souverain de Québec.

C'est dans le sens de l'affirmative que s'est prononcé le Conseil privé dans la cause *Hutchinson v. Gilupsie*¹.

D'autres controverses ont encore été soulevées au sujet des ordonnances : Il s'agissait de préciser l'effet de la désuétude. On a vu le Juge Ramsay, siégeant à la Cour supérieure en 1885, déclarer qu'elle emportait abrogation, à la différence des principes qui régissent le Droit anglais. En Angleterre, en effet, une loi reste en vigueur aussi longtemps qu'elle n'est pas rapportée. Le Juge Ramsay, dans cette cause² faisait sienne l'opinion du Juge Loranger qui, en 1865, admettait l'abrogation par désuétude de toute loi ne répondant plus aux besoins nouveaux d'une société qui a évolué³. On imagine toute l'indépendance qu'aurait permise aux juges l'application d'une telle formule. Mais celle-ci n'a pas été adoptée par l'ensemble des jurisconsultes de Québec. La plupart d'entre eux se sont ralliés au

rendue en 1884 : « Le prix de la boisson même vendue au verre par un restaurateur pour consommer pendant le repas, peut être recouvré en loi. Cette boisson est censée faire partie du repas, le prix d'icelle n'étant pas celui dont la Coutume de Paris a entendu prohiber le recouvrement. »

1. Cf. 3, *Revue de Législation*, p. 427.

2. Jones vs. Cuthbert, M. L. R., 2, Q. B., 44. Le litige portait sur la façon de compter les degrés en matière de substitution. Serait-ce par tête ou par souche ? Le Code de Québec (art. 932) dispose qu'une substitution ne doit pas comporter plus de deux degrés, mais il ne précise pas le sens qu'il entend donner au mot *degré*. Ainsi la question s'est-elle posée de savoir si le Code Michaud (1629), qui n'avait pas été abrogé formellement par le Code de Québec, était encore en vigueur.

3. Cause Lord vs. Laurin (15, L. C. R., p. 452).

sentiment du Juge Mignault qui dénie tout fondement à la doctrine de l'abrogation par désuétude en un pays dont le Parlement siège annuellement.

En France, théoriquement, les lois ne sont pas soumises à l'abrogation par désuétude. Mais pratiquement, il est loisible aux juges de laisser tomber dans l'oubli d'un arsenal vieilli telle arme juridique qui correspondait à des besoins disparus. Il y a plus d'un siècle que n'a été annulé un mariage pour clandestinité¹. Les juges se sont arrogé de tels pouvoirs d'appréciation sur les irrégularités de forme qu'ils ont rendu difficile et rare le jeu de l'article 191. Estimant la sanction qu'il comporte comme disproportionnée avec le défaut de publication, ils en ont soumis l'application à une condition non exprimée dans le Code, et qu'ils tiraient de la théorie de la fraude à la loi². Cet exemple, à coup sûr, fait ressortir combien le pouvoir d'inexécuter la loi constitue pour la jurisprudence un facteur de transformation juridique. Il confirme donc l'idée que le juge français ne sent pas son action aussi directement reliée au passé que le juge canadien.

A l'appui de cette idée générale, il sera bon également de rechercher le poids qu'accordent respectivement ces juges aux *travaux préparatoires*, comme source de Droit.

La jurisprudence française, s'il faut en croire M. Perreau³, « sait, à l'occasion, s'en rendre indépendante, » notamment quand la multiplication de faits, d'abord » estimés sans importance, démontre la nécessité d'écarter » les vues des rédacteurs de la loi, si l'on entend éviter des » abus risquant de compromettre gravement l'application » de celle-ci. » La Cour de cassation a même, dans un arrêt » très récent, interdit aux juges de s'y référer lorsque « le

1. Cass., 9 mars 1831 (S. 1831.I.142).

2. Loin de s'en tenir au critère objectif, que seul indiquait le texte, la jurisprudence a estimé plus équitable de scruter les intentions des parties et de n'appliquer la sanction que lorsque ces intentions se révélaient illicites.

3. *Op. cit.*, t. I, p. 260.

sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur, ni ambigu, et doit, par conséquent être tenu pour certain¹ ».

Il semble que le Conseil privé se préoccupe moins encore des travaux préparatoires : Sir Montague Smith ne faisait que traduire le sentiment général lorsqu'il déclarait, dans la cause *Symes v. Cuvilier*² : « L'opinion des commissaires » rédacteurs du Code n'a pas le poids d'une opinion » judiciaire prononcée après discussion et argumentation. » C'était là, du reste, une attitude calquée sur celle qu'observent les membres de la Chambre des Lords, dans l'interprétation des statuts anglais³.

Tout autre est la manière dont les juristes de la Province de Québec conçoivent leur Code civil : Il constitue à leurs yeux le sommaire de sources juridiques qui coexistent avec lui. Aussi, pour s'éclairer sur l'origine des dispositions codifiées, les juges Canadiens ont-ils coutume de se référer au *rapport des codificateurs*⁴. Ils s'appuient fréquemment sur leurs développements dont ils citent parfois de longs

1. Ch. civ., 22 nov. 1932 (D. H. 1932. p. 2).

2. *Appeal Cases*, t. V, p. 138.

3. Lord Haldane, à la Chambre des Pairs, en 1912, disait : « Les juges n'ont pas à se livrer à des spéculations sur la recherche des motifs qui ont guidé le Parlement. Leur domaine est tout à fait différent. C'est celui de l'interprétation des termes dans lesquels le législateur a finalement exprimé ses conclusions. »

4. Le premier rapport (de 14 pages) adressé par les Juges Day, Caron et Morin, à Son Excellence le Gouverneur Général de l'Amérique britannique du Nord, contient des généralités sur les principes dont se sont inspirés les codificateurs dans l'adoption ou le rejet de telle ou telle disposition concernant le titre des obligations — qu'ils considéraient, à bon droit, comme devant éclairer l'ensemble de l'ouvrage.

Dans leur deuxième rapport, les commissaires indiquent les difficultés qu'ils ont rencontrées, et les méthodes qu'ils ont suivies pour les aplanir, tout en respectant la ligne de conduite qui leur était tracée.

Après ce préambule, le rapport comporte une explication détaillée de chaque article, appuyée de nombreuses références aux sources (45 pages sont ainsi rédigées dans chacune des deux langues).

Vient ensuite le rapport séparé du Commissaire Day qui a tenu à expliquer sa dissidence sur certains points.

Ces rapports contiennent de fréquentes allusions au Code Napoléon, soit qu'ils proposent à la législature des amendements qui s'en inspirent, soit qu'ils s'en écartent pour se montrer plus conservateurs du Droit ancien.

passages donnant la clef des sources les plus lointaines qu'ils ne manquent pas d'invoquer. Bien qu'il ne fasse pas partie intégrante du Code civil, ce rapport revêt néanmoins un caractère officiel que lui a conféré le dépôt qui en a été fait devant la législature, en même temps que le projet même du Code.

L'interprétation des textes légaux n'offre, en général, de difficulté réelle au juge que lorsqu'une contradiction se glisse entre tous ceux qui peuvent simultanément être sollicités à propos d'un même litige. Le juge doit alors opérer une hiérarchisation de textes qui constitue un apport à l'œuvre créatrice de Droit. Sur quelles données se guidera-t-il alors pour effectuer cette hiérarchisation ?...

C'est ici que les *Principes Généraux* apparaissent comme de véritables sources juridiques.

Il nous reste à examiner dans quelle mesure les jurisprudences de France et de Québec font appel à leurs lumières. La notion d'ordre public nous paraît plus complexe dans la Province de Québec, en raison de la forme fédérale du gouvernement qui comporte une dualité de législations. L'Acte de l'Amérique britannique du Nord, dans son article 91, confie, en effet, au Parlement fédéral le pouvoir d'édicter des lois d'ordre public applicables dans tout le Dominion. Or il arrive que ces lois portent atteinte à des droits civils et de propriété garantis par le Droit provincial¹. C'est ainsi que l'origine fédérale de la loi des chemins de fer explique pourquoi elle diffère de l'esprit général dans lequel est conçue la matière de la responsabilité dans la Province de Québec.

Dès lors, n'est-il pas naturel que les juges canadiens apparaissent moins enclins que ceux de France¹ à faire

1. C'est le Conseil privé qui trace souverainement la frontière des juridictions concurrentes. Il procède en général par retouches successives. Pourtant, il s'est prononcé de façon systématique dans la cause de *Tennant vs. Union Bank* (1894, A. C., p. 31 à 45).

2. Voici, parmi bien d'autres, l'exemple d'un arrêt récent qui montre d'une part, comment les principes peuvent compter au nombre des sources

appel à des notions d'équité ou d'ordre public dont le domaine se dédouble suivant des concepts qui ne coïncident pas toujours. Ce terrain leur paraît d'autant plus incertain qu'ils ne se sentent pas secondés dans la systématisation des principes juridiques par l'appui d'une *doctrine* équivalente à celle de France. Il n'est nullement dans notre intention de critiquer la doctrine juridique de Québec. Nous tenons, au contraire, à rendre hommage à la science profonde de ses membres. Nous voulions seulement noter que l'école et le palais sont peuplés des mêmes personnalités.

Les ouvrages et les articles juridiques¹ sont tous écrits par des praticiens du Droit. Le contact de la vie des affaires les inclinera moins peut-être à ériger des constructions abstraites que les professeurs des facultés françaises qui sont exclusivement des théoriciens du Droit. En Québec, l'enseignement du Droit dans les universités est assumé

juridiques et, d'autre part, comment s'opère la hiérarchisation des principes, dans l'esprit du juge, lorsqu'il est mis dans l'alternative d'invoquer une règle générale, ou, au contraire, d'y déroger :

Cf. Cour de Paris, 22 janvier 1937 (S. 1937.2.138) : « Considérant, à la vérité, qu'il est admis, pour des raisons impérieuses de crédit, et, spécialement de crédit foncier, qu'il doit être dérogé à la maxime : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, consacrée notamment dans les articles 1599 et 2182 C. civ., en faveur du tiers ayant acquis à titre onéreux et de bonne foi, sous l'empire d'une erreur commune, et en quelque sorte invincible, une chose particulière d'un héritier apparent. Mais, considérant que cette exception, apportée aux principes généraux de notre droit, et imposée par les nécessités de la pratique, ne saurait être étendue au bénéfice de l'acquéreur de droits successifs, ayant cause universel, ou à titre universel d'un héritier apparent... » Plus loin la Cour fait remarquer que cette extension serait : « non seulement contraire aux principes qui régissent la pétition d'hérédité dans notre droit, mais n'est commandée ni par les nécessités de la pratique, ni par les exigences de l'ordre public, auquel elle apparaît même comme contraire ».

1. Ex. : Le *Traité de Droit civil canadien*, en 9 tomes, qui est dû à la plume de l'Hon. Juge Mignault; et le *Cours de Droit civil de la Province de Québec*, qui a été écrit par l'Hon. F. Langelier, juge de la Cour supérieure et professeur de Droit civil à l'Université Laval. Ce dernier fait remarquer (p. 47, t. I) à juste titre, que Pothier réunissait également en sa personne les deux qualités de juge et de professeur, et que le contrôle constant et réciproque de la pratique et de la théorie avait largement contribué à faire de lui l'éminent juriconsulte dont les siècles respectent tant l'autorité.

par des juges et des avocats¹. On s'imagine, d'une part, combien ce cumul laisse à ceux qui l'assument, peu de loisirs pour mettre sur pied une littérature juridique très abondante. Et, d'autre part, il convient d'insister sur le fait que les juges québécois ne se sentent pas stimulés, ni orientés, ni corrigés, au jour le jour, par un corps *distinct* d'eux-mêmes.

En France, par contre, la doctrine a puissamment aidé la jurisprudence à se libérer de la tutelle législative. C'est elle qui a contribué à donner à la jurisprudence son plein essor en battant en brèche le principe de l'omnipotence de la loi, et aussi en réajustant un fondement scientifique à des solutions jurisprudentielles d'un caractère souvent empirique.

Sachant que les solutions qu'elle propose, dans une chaire ou un ouvrage n'auront pas de portée pratique susceptible d'entraîner la lésion de droits acquis, la doctrine peut se permettre toutes les hardiesses répondant à l'idéal scientifique qu'elle soutient. A l'affût des courants d'idées qui se font jour, elle les systématise et les amplifie. Et, souvent, par ce canal, les innovations parviendront jusqu'aux tribunaux qui, livrés à leur seule initiative, ne se seraient peut-être pas permis de les consacrer. C'est parce qu'elle a incité la jurisprudence à prendre pleinement conscience de sa force dans le progrès du Droit, que la doctrine française a pu apporter à la construction jurisprudentielle des matériaux vraiment efficaces.

A cet égard, elle ne peut exercer sur la jurisprudence canadienne qu'une action indirecte. Mais pour lointaine qu'elle puisse être, son influence n'est cependant pas niable : En effet, de toute la hiérarchie judiciaire, le Conseil privé est la seule juridiction qui ait emprunté à la pratique

1. Il existe trois universités dans la Province de Québec, dont deux se trouvent à Montréal. L'une d'entre elles distribue l'enseignement en anglais (Mc Gill). L'autre, ainsi que l'Université Laval de Québec, sont canadiennes-françaises.

des tribunaux anglais une ligne de conduite qui exclut les opinions d'auteurs du nombre des sources juridiques. Dans les jugements émanant des autres Cours, les allusions à des références tirées d'auteurs français sont extrêmement fréquentes. Mais, les éclaircissements qu'elles apportent à l'interprétation constituent-ils de véritables matériaux dans la construction d'un Droit nouveau ?

La doctrine française ne peut être invoquée par la jurisprudence québécoise qu'à titre d'autorité de raison. Les juristes canadiens s'en instruisent très volontiers, mais ne peuvent la transplanter intégralement dans leurs prétoires, puisque les deux Droits civils ne coïncident pas dans toute leur portée. Et, comme le Code de Québec reste très près des coutumes de l'Ancien Régime, le *Traité des obligations* de Pothier n'a rien perdu de son prestige d'antan. Il est invoqué journellement comme un guide infaillible pour développer les solutions codifiées. On rencontre également dans les notes des juges de fréquentes citations de Domat.

Larombière, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie ont formé maintes générations de jurisconsultes. Parmi la doctrine moderne, il semble que les traités de MM. Colin et Capitant, et ceux de MM. Planiol et Ripert sont très prisés du milieu juridique de Québec. Aussi, peut-on dire que tout civiliste canadien se double d'un comparatiste curieux de connaître l'évolution actuelle du Droit français. Et, en proposant d'imiter des solutions imaginées par les auteurs français ou belges, les avocats canadiens mettent de la sorte, à la disposition des juges, des éléments de création juridique qui n'ont pas encore été sanctionnés par la loi.

DEUXIÈME PARTIE

Les Méthodes

Tous ces matériaux juridiques qui se trouvent à la disposition des juges de France et de Québec, comment ceux-ci les ont-ils utilisés pour dépasser la stricte interprétation et faire œuvre de créateurs de Droit ?

Ce sont les tendances générales des méthodes suivies dans cette voie par l'une et l'autre jurisprudences que nous allons esquisser à grands traits dans ce chapitre. Sans nous attarder à exposer le processus du raisonnement du juge lorsqu'il se trouve en face de textes dont le sens est obscurci par d'apparentes contradictions, parce qu'en telle occurrence, il s'agit plus d'interprétation que de création, nous nous attacherons plutôt à opposer les principes directeurs qui, dans les deux jurisprudences, président à l'emploi des méthodes d'interprétation.

Et, orientée de la sorte, nous étudierons comment les jurisprudences se forment, comment elles évoluent et comment elles se fixent.

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DE L'ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE

Souvent, dans leurs notes, les juges canadiens expliquent dans quelle mesure tel texte leur paraît applicable aux circonstances de la cause présentée à la barre. Ainsi la lecture des recueils de jurisprudence permet-elle de dégager aisément l'esprit dans lequel la loi est pourvue de son interprétation. On y remarque un respect très grand pour les dispositions législatives; et le souci de rester attaché aux données de la loi paraît, à tout prendre, bien plus considérable qu'en France.

Dans la Province de Québec, les juges se défient des « prestiges si souvent trompeurs de l'équité naturelle¹ ». Ils n'ont jamais considéré comme étant comprise dans leurs attributions la création du Droit. Et même ils redoutent de s'y laisser entraîner par une interprétation trop large. C'est là une des raisons qui les inclinent à ne pas se rallier à certaines solutions hardies qu'adopte la jurisprudence française. En manière d'exemple, citons, parmi bien d'autres, l'opinion du Juge Mignault, qui, dans la cause *Curley v. Lalreille*² a nettement manifesté la défiance que lui inspire l'orientation nouvelle d'une jurisprudence française vraiment très indépendante. Et il rappelle, avec insistance que « si les opinions des auteurs et les décisions de la » jurisprudence française ne peuvent se concilier avec les

1. Cf. le *Traité de Droit civil* de M. Mignault, t. I, p. 102.

2. 28, B. R., 388.

» articles du code, c'est le texte, et non pas ces opinions et
» ces décisions que nous devons suivre. »

Une telle attitude trouve, à notre sens, sa justification dans deux ordres de raisons vraiment plausibles. Sous le premier, nous grouperons diverses considérations qui sont inhérentes à la codification québécoise. Il importe de mettre en vedette la date très récente de cette codification, par rapport à la nôtre : Soixante deux années d'écart entre les deux ne sont pas à négliger. Les codificateurs de Québec ont pu mettre à profit la glose qu'elles avaient accumulée autour du Code français. Ils l'ont fait souvent en se montrant plus explicites que les codificateurs de France. Entrant davantage dans le détail des solutions, ils ont, par là même, restreint toute latitude laissée au juge pour en décider. A une réglementation plus méticuleuse correspond naturellement une interprétation plus stricte.

D'autre part, le laps de temps qui s'est écoulé depuis 1866 jusqu'à nos jours n'est pas encore assez considérable pour que le Code de Québec puisse paraître à ses interprètes exagérément vieilli. Un phénomène analogue de cristallisation du Droit s'était produit également en France, pendant une longue période consécutive à la promulgation du Code Napoléon. La méthode exégétique était alors à l'honneur. Le Droit civil était censé tenir tout entier dans le Code. Et il n'y avait pas d'autre problème de Droit que celui de rechercher la volonté expresse ou présumée du Législateur.

Au lendemain des codifications, le juge ne peut que se taire, lorsque la loi n'a pas parlé. Il ne peut invoquer l'avènement de circonstances nouvelles pour justifier son initiative. Les lacunes de la loi sont censées avoir été voulues par le législateur lui-même. Et le juge ne peut s'ériger en arbitre de cette question tant que le Code n'a pas suffisamment vieilli pour légitimer un élargissement de pouvoir aux mains de la jurisprudence. C'est l'écoulement du temps qui donne au juge la maîtrise de la loi.

Il a fallu atteindre le dernier quart du xix^e siècle en France pour voir décliner la vogue des méthodes exégétiques. Subissant la poussée de l'évolution sociale, l'Ecole et le Palais les ont bientôt tenues en discrédit¹.

Dans notre comparaison entre les deux jurisprudences, il convient de ne jamais perdre de vue ce décalage entre l'éclosion des deux codes. En ce qui concerne les méthodes, par exemple, leur emploi s'explique dans une certaine mesure par le stade de l'histoire juridique où se situe la jurisprudence étudiée.

Mais il ne suffit pas cependant à justifier dans sa totalité l'attachement de la jurisprudence de Québec à la lettre de la loi. Une question raciale intervient également pour militer en faveur du maintien de l'héritage juridique français. Le souci constant que l'on remarque surtout chez les juges de la Cour du Banc du Roi, de sauvegarder la lettre de la loi, s'explique par la crainte d'être tentés d'en jamais dénaturer l'esprit. Ils donnent en quelque sorte, une application concrète à la parole philosophique de M. de Bonald : « Les mots sont comme des étais qui retiennent le sable des idées. »

L'attachement des Canadiens aux traditions leur apparaît comme le meilleur moyen de résister à l'influence étrangère, et de maintenir la personnalité de leur peuple.

Cette raison, d'ordre politique, pourrait-on dire, n'ayant aucun rôle à jouer en France, les tribunaux n'ont pas craint de manifester une bien plus grande désinvolture à l'égard des textes. Ainsi les nouveaux courants d'idées y ont-ils trouvé un accueil beaucoup plus favorable, et l'observation des phénomènes sociaux dans leur récent développement a-t-elle souvent inspiré à notre jurisprudence l'usage d'arguments purement rationnels qui lui permettait de se dégager de l'interprétation littérale des

1. Et en 1900, la publication de l'ouvrage de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du Droit privé positif*, leur a donné le coup de grâce.

textes. Nous n'en pouvons recueillir un meilleur témoignage que dans la parole prononcée par le premier président de la Cour de Cassation, à la séance commémorative du Centenaire du Code civil. Dans son discours, M. Ballot-Beaupré dressait un bilan montrant combien un siècle de jurisprudence avait révélé la nécessité pour le juge d'imprimer au Droit l'impulsion que commandaient des besoins nouveaux. Pour atteindre cet objectif, les tribunaux ne pouvaient que faire appel à la libre recherche scientifique chaque fois que la glose littérale s'avérait impuissante. « La jurisprudence, a-t-il dit, a été, depuis le » Code civil, l'agent créateur essentiel, l'élément vital du » Droit, le courant de réalité vivante qui circule sous » l'apparence des systèmes rigides, assurant la réaction » des lois sociales naturelles contre les formules mortes. » J'y verrais volontiers l'effort coutumier continuant son » œuvre vivante en face de l'immobilité apparente des » textes, et finissant par s'imposer comme une source » nouvelle, en face des insuffisances de la loi. »

Après avoir recherché les causes de la divergence des tendances que manifestent les deux jurisprudences, nous croyons bon de l'illustrer d'un exemple emprunté à l'utilisation des procédés d'interprétation. La législation sur les accidents du travail a, semble-t-il, provoqué des répercussions inverses sur l'attitude des juges, en France et en Québec : Les tribunaux français ont eu tendance à s'autoriser de son exemple pour étendre la théorie du risque professionnel, par analogie, à d'autres affaires qui ne rentraient pas exactement dans son orbite. A l'opposé, les Cours canadiennes useraient plutôt du raisonnement *a contrario* et déclarent que la loi sur les accidents du travail étant exceptionnelle dans le Droit de la province, son effet doit rester strictement limité aux cas qu'elle envisage. Ainsi, la théorie du risque n'a-t-elle que peu de chance d'y prendre la même extension qu'en France. C'est donc au gré du juge que le raisonnement analogique peut affecter une valeur plus ou moins créatrice.

D'autres conséquences de la différence des tournures d'esprit des juges peuvent se découvrir encore à propos de l'utilisation de la pensée du législateur. On notera en Québec une tendance certaine à soigneusement rechercher les raisons qui ont inspiré le vote des dispositions législatives, afin d'en respecter l'exacte portée.

Cette tendance est, du reste, dictée au juge par le Code lui-même qui, dans son article 12, dispose : « Lorsqu'une » loi présente du doute ou de l'ambiguïté, elle doit être » interprétée de manière à lui faire remplir l'intention du » législateur, et atteindre l'objet pour lequel elle a été » passée. Le préambule qui fait partie de l'acte sert à » l'expliquer. »

En commentant cet article, M. Langelier dit expressément : « Il a été emprunté aux autorités anglaises sur » l'interprétation des statuts¹. »

Un argument d'ordre doctrinal s'adjoint à celui-là, pour le renforcer : Toutes les générations de juristes qui se sont succédé dans la Province de Québec depuis la fin du siècle dernier se sont instruites dans l'ouvrage très complet de M. Mignault, qui s'intitule : *Le Droit civil canadien basé sur les répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon*. Or, l'influence de M. Mourlon qui a pris, par ce canal, un essor considérable, ne pouvait qu'être favorable aux travaux préparatoires. Appartenant à l'Ecole de l'Exégèse, M. Mourlon conseille formellement aux juges une étude approfondie des circonstances qui ont donné naissance à la loi. C'est là une conséquence de son respect pour l'omnipotence de la volonté législative. Pour lui : « Un bon » magistrat humilie sa raison devant celle de la loi, car elle » est constituée pour juger selon elle, et non pas pour la » juger. » L'on conçoit dès lors que les magistrats de Québec se montrent peu enclins à éluder les dispositions législatives dues à des circonstances qui pourraient paraître périmées.

1. T. I, p. 91.

A cette attitude de la jurisprudence canadienne, s'oppose de façon tranchée celle qu'ont observée les tribunaux de France en pareille occurrence. Plutôt que de se conformer à la stricte observance d'une pensée cristallisée, leur méthode a consisté à transposer en un cadre nouveau une pensée que des raisons historiques avaient pu doter d'une portée qui ne se justifie plus de nos jours. Que si la législation paraît surannée au juge, il n'en fait pas délibérément litière, mais il recherche quelle orientation le législateur aurait pu donner aux principes qu'il énonce s'il avait été à même de prendre en considération l'évolution des idées et des mœurs. Grâce à ce procédé, l'interprétation devient de l'adaptation. Déjà en 1888, un magistrat croyait bon d'en justifier¹ l'emploi, qui avait probablement paru audacieux à certains esprits traditionalistes. C'est dans le discours de rentrée à la Cour d'appel d'Aix que M. Celice se prononçait nettement en faveur de cette nouvelle compréhension de la mission judiciaire. Il soutenait : « Que les nuances si » délicates que l'on appelle l'esprit de la loi varient avec le » temps ; que l'interprétation sincère et sage d'un texte est » celle que ratifient la doctrine et les mœurs du jour. »

C'est donc sous couleur d'interprétation que la jurisprudence a rajeuni le contenu d'un Code vieilli, dont l'armature restait inébranlée. De la sorte, elle est parvenue à s'arroger un pouvoir qui rappelle celui du préteur romain, alors qu'aucun texte ne lui a jamais donné la faculté de créer du Droit par delà le Code.

Et, de même que le Préteur romain donnait des « actions utiles » lorsque la loi refusait une action directe, de même, le jugement moderne s'inspire de la finalité du Droit. Des considérations tirées de l'utilité sociale pèsent dans l'esprit du juge au point de lui faire apparaître que son devoir essentiel ne réside pas tant dans l'application de la loi que

1. Cf. Discours de M. Celice, substitut du Procureur général, *Le pouvoir législatif de la Cour de cassation*, p. 17.

dans la réalisation de la justice. Ce sont elles encore qui président à la hiérarchisation des textes lorsque leur désaccord est tel qu'il paraît malaisé de les concilier sur un même plan.

En outre, la découverte du but dans le texte applicable a permis au juge d'étendre les conséquences impliquées par ce texte à d'autres notions juridiques auxquelles il n'était pas spécialement destiné. Par ce procédé, une envergure nouvelle a été donnée à d'anciennes formules, limitées jusqu'alors à un rayonnement précis. C'est de la sorte qu'a été construite la théorie de l'enrichissement sans cause.

Lorsque nous disons que l'idée de finalité entre en jeu dans le raisonnement juridique, nous entendons également signaler que le juge envisage en première ligne le résultat à obtenir en vue du bien commun. Et, au risque de faire plier les textes, il forge des théories qui lui permettent, en bonne logique, d'y parvenir. Pour asseoir ces théories, et les justifier, la jurisprudence fait appel à des considérations d'intérêt général. Et, dans cette démarche de l'esprit, il y a loin de la méthode déductive qui assignerait le juge à n'être qu'un « signe mathématique exprimant la relation de la règle au cas particulier¹ ».

L'évolution qui s'est opérée à ce propos constitue l'une des particularités de notre histoire juridique. A l'origine de notre nouveau régime, la méthode d'interprétation des lois était purement déductive, en raison du principe proclamé de l'omnipotence de la loi. Mais, du jour où s'est ébranlée l'autorité de l'Ecole de l'Exégèse, la jurisprudence, fortement soutenue par une doctrine progressiste, s'est reconnu le droit d'élaborer des théories en partant des faits. Dès lors, la méthode inductive prenait le pas sur la déduction dont la rigueur mathématique paraissait incompatible avec la science juridique, au fur et à mesure que les faits sem-

1. Cf. Fuzier-Herman, *Séparation des pouvoirs* .ch. XVII, p. 297.

blaient se révolter contre le Code. Il fallait bien, cependant, que le Code restât un principe directeur éclairant le jugement du tribunal. Sinon, le péril de glisser dans l'arbitraire était inhérent à l'appel exclusif que feraient des présidents Magnaud¹ aux notions si fuyantes de l'équité subjective. C'est en ce sens que M. Garçon a pu dire de la jurisprudence moderne : « Sa création n'est qu'une glose en marge des principes généraux fixés par la loi, et dont elle ne peut » s'éloigner². »

Ce qui l'empêche de s'en éloigner, c'est la crainte de frôler la fantaisie et la contradiction, et, par là, de faire renaître le reproche qu'elle encourait avant la codification : « Gardons-nous de l'équité des Parlements ».

Cette crainte n'est pas seulement pour nous le témoignage des difficultés que rencontre le juge dans une œuvre d'interprétation qui s'avère progressivement subtile et délicate. Elle est aussi l'explication de maintes oscillations qu'a pu subir la jurisprudence française dans sa marche en avant, et que le chapitre suivant est destiné à faire ressortir.

1. Cf. Gény, t. II de la *Méthode d'interprétation*, p. 302. où il dit, à propos du Président Magnaud qui a siégé au tribunal de Château-Thierry de 1889 à 1904 : « Pour lui, cette équité subjective est tellement supérieure au droit écrit qu'elle autorise le juge à corriger ou méconnaître la loi comme il l'a fait. »

2. Cf. *La justice contemporaine*, p. 681.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

Le chapitre précédent a eu pour objet de rechercher dans les deux jurisprudences considérées quels étaient les facteurs propres à favoriser ou à paralyser l'éclosion des théories d'origine jurisprudentielle.

Celui-ci sera consacré aux vicissitudes qu'elles subissent, une fois parvenues à la vie juridique, car il serait paradoxal de prétendre que ces théories sont définitivement, et de but en blanc, incorporées au Droit positif. La création jurisprudentielle, quand elle contribue à la formation du Droit n'est qu'une voie détournée, qui ne peut s'affirmer sans subir des retouches ou des amputations. Et, de ce fait, elle participe beaucoup plus de la nature de la coutume que de celle de la loi. Voilà pourquoi, dans l'évolution jurisprudentielle, la marche du temps est un facteur qui, bien loin de se montrer négligeable, met à l'épreuve la jurisprudence en formation, la confirme ou en démontre l'inanité. Et si l'évolution jurisprudentielle ne se réalise qu'au prix d'une certaine lenteur, c'est que les situations juridiques requièrent un équilibre qui ne peut être obtenu autrement. Il en résulte cette phase d'obscurité et d'indécision qui faisait douter M. Gény de l'efficacité des créations jurisprudentielles¹.

Evidemment cette période de tâtonnements est de

1. Cf. Ed. Lambert, *Fonction du Droit civil comparé*, p. 37.

nature à décevoir les justiciables qui, croyant avoir acquis le droit de compter sur une jurisprudence continue, se trouvent déroutés dans leur attente par un brusque changement d'attitude. Mais si l'on envisage la question par delà l'intérêt privé du moment, la phase d'incertitude apparaît comme une nécessité inéluctable de la marche vers le progrès. Elle correspond à l'expérimentation qui précède l'induction dans la méthode scientifique. La méthodologie des sciences humaines n'est pas sensiblement différente de celle qui astreint le physicien ou le chimiste à vérifier ses hypothèses au laboratoire avant de les ériger en principes. Le juriste, comme le savant, s'illusionnerait gravement s'il croyait pouvoir atteindre d'un seul jet l'idéal de perfection qu'il se propose. Mais ses tentatives réitérées ne comportent pas en elles-mêmes la négation de sa possibilité de réussir. Elles nous apparaissent, bien au contraire, comme une condition requise par la création jurisprudentielle. C'est le point de vue comparatif sous lequel nous envisageons les jurisprudences qui nous permettra de poser une affirmation en ce sens.

Constatons tout d'abord qu'en Québec, les revirements sont certainement beaucoup plus rares qu'en France. Il n'est pas fréquent de voir le Conseil privé se déjuger formellement. L'interprétation statutaire qu'il donne au Code de Québec constitue pour lui un moyen de ne pas s'écarter du texte légal, et une garantie, pour l'avenir, contre tout recul ou tout abandon. C'est là une attitude qui traduit un désir de certitude, bien plutôt que la volonté de créer.

En exprimant l'avis du Comité judiciaire à propos de la cause *Read v. Bishop of Lincoln*¹, Lord Halsbury a fait clairement entendre combien les Lords du Conseil privé sont, en général, pénétrés de la nécessité de maintenir, dans sa donnée intégrale, l'interprétation des règles juridiques telle qu'elle ressort de décisions antérieures. Mais il

1. Privy Council, 1892, A. C., 644.

faut y voir une tendance d'esprit bien plutôt qu'une règle analogue à celle qui est en vigueur à la Chambre des Lords, dont les décisions préjugent de l'avenir de façon indubitable. Les revirements de jurisprudence de la part du Conseil privé appartiennent au domaine de la possibilité, car le Comité judiciaire se reconnaît le droit d'examiner à nouveau les motifs qui ont, une fois déjà, emporté leur décision. Et, si cette faculté n'est pas mise plus souvent à contribution, c'est évidemment que la mentalité régnante s'y oppose. Qu'il nous suffise, à ce propos, de rapporter l'appréciation qu'adressent certains juristes anglo-saxons aux revirements assez fréquents de la Cour de cassation. Ils ne voient rien de « glorieux » dans les retours que la Cour de cassation fait sur elle-même; mais bien plutôt un signe de faiblesse et l'aveu d'une impuissance.

Ce mauvais renom qui entoure les revirements dans le monde juridique anglais ne justifie pas seulement leur rareté, il explique encore pourquoi ceux-ci ne ressortent jamais très clairement des avis du Conseil privé lorsque, par exception, il s'en trouve qui ont été consacrés. Le fait et le droit s'entremêlent dans les décisions à tel point qu'il n'est pas toujours aisé de discerner à quel domaine appartient l'élément prépondérant de la décision du juge. Il n'est pas évident que les changements d'attitude traduisent une retouche apportée à la théorie juridique. On peut croire qu'une considération de fait soit seule en cause, et qu'un revirement de jurisprudence ne soit nullement impliqué dans une contradiction de solutions. L'on remarquera, par exemple, dans la cause *Tooth v. Power*¹ le procédé qu'emploie le Conseil privé pour ne pas paraître se déjuger de façon catégorique. Comme, dans cette cause, il s'écartait d'une orientation suivie antérieurement, il a justifié

1. *Appeal Cases*, 1891, p. 292.

son changement d'attitude en faisant valoir que la cause précédente avait été entendue *ex parte*.

Signalons, en outre, que certaines matières juridiques paraissent plus particulièrement à l'abri des revirements du Conseil privé. Ainsi en est-il des questions qui affectent les droits civils de propriété¹. Les Lords ont estimé que, là plus qu'ailleurs peut-être, l'intérêt des tiers exigeait une absolue certitude. C'est là, croyons-nous, un motif qui s'est montré assez puissant pour empêcher la théorie de l'abus du Droit de revêtir au Canada l'extension qu'elle a reçue en France.

L'avenir, cependant, peut fort bien apporter un démenti à cette attitude, surtout s'il voit se fortifier une tendance qui s'est manifestée dans une cause très récente² qui a fourni au Conseil privé l'occasion de compléter, par un revirement, la théorie juridique concernant la fiducie. Il s'agissait de savoir si le dividende d'actions données à titre de fiducie pouvait recevoir la qualification de fruits civils. En consacrant la réponse affirmative, le Conseil privé usait de l'interprétation par analogie, qui lui permettait d'étendre la portée de l'article 451 du Code de Québec. Afin de légitimer cette extension, il s'autorisait d'un arrêt de la Cour de cassation française. C'est là une attitude que les juges de Québec ont d'autant plus remarquée qu'elle leur paraissait plus nouvelle. Jusqu'à ces derniers temps, en effet, les Lords du Conseil privé, qui ne manquaient pas une occasion de témoigner tout leur respect à la Cour de cassation, se hâtaient d'ajouter que les décisions qui en émanent ne sauraient faire autorité dans la Province de Québec. Et l'on cite comme exceptionnelle la cause *Keiffer v. Séminaire de Québec*³ à propos de laquelle

1. Cf. W. E. Raney, « Finality of Privy Council Decisions », *Canadian Bar Review*, IV, p. 309.

2. *Laverdure vs. Du Tremblay*, 1937, A. C. 666.

3. 1903, *Appeal Cases*, 85.

le Comité judiciaire s'était appuyé sur des références tirées du *Répertoire Dalloz*. Or, voilà qu'en 1937, nous voyons Lord Maugham¹ reconnaître à l'arrêt français² une grande force persuasive. L'admission d'une telle influence lorsqu'il s'agit de droit non réglementé et de dispositions similaires en France et dans la Province de Québec, est, à coup sûr, significative d'une évolution du Conseil privé, favorable au développement du Droit civil dans son esprit.

Jusqu'alors, par contre, les quelques revirements à mentionner témoignaient, en quelque sorte, le regret de s'être laissé entraîner par les doctrines sociales plus loin que ne le permettait la stricte interprétation du Code. Ainsi avait-on pu croire, vers 1920, que les plus hautes juridictions canadiennes allaient introniser la responsabilité par le seul fait de la loi à propos de la garde des choses inanimées³. Mais dans les décisions ultérieures, la Cour suprême et le Conseil privé ont nettement marqué leur volonté de ne pas abandonner l'idée de faute comme fondement de la responsabilité.

Il est rare, en effet, de rencontrer, sous la plume des juges du Canada, à quelque juridiction, qu'ils appartiennent, la constatation que les circonstances économiques et sociales se sont à tel point modifiées qu'elles nécessitent un réajustement du Droit, ou, du moins, préfèrent-ils laisser au législateur toute initiative à cet égard.

La composition actuelle de la Cour du Banc du Roi est réputée par son esprit de tradition et le souci de ne pas s'écarter des voies qu'ont tracées les interprétations antérieures. Parmi les références empruntées aux auteurs, ce ne sont pas les plus modernes qui sont les mieux prises. La

1. Le Juge qui a rendu la décision du Conseil privé, dans la cause *Laverdure*.

2. D. 1933.I.100.

3. Au Conseil privé, cause *Vandry*, 1920, A. C. 662; *Watt and Scott*, 1922, A. C. II, p. 555; — A la Cour suprême : *Shawinigan Carbide Co vs. Doucet*, 42. R. C. S. 281.

parole des juristes décédés a plus de poids que celle des vivants, car on craint que ces derniers ne viennent à changer d'avis au cours d'éditions ultérieures. Par cette tournure d'esprit, les juges de Québec se mettent donc volontairement à l'abri de l'influence des auteurs modernes. Or, c'est là une influence qui, en France, a entraîné bon nombre de revirements jurisprudentiels.

En Cour supérieure, se témoigne également la crainte d'abandonner les directives déjà reçues et sanctionnées en justice. Il n'est pas rare de rencontrer parmi les notes des juges un argument dans le genre de celui que nous avons relevé dans la cause *Martin v. Edmisson* (1927) sous la plume du Juge Bruneau¹ : « Considérant que la jurisprudence est, sur ce point, tellement abondante que la prétention du demandeur ès qualité en la présente affaire, est sans aucun fondement. »

Cet attachement très légitime à la ligne traditionnelle se manifeste en outre chez les juristes canadiens, par la crainte de risquer sur leur propre terrain les tentatives d'innovations. Il serait erroné et arbitraire, cependant, de conclure que leur esprit traditionaliste paralyse tout dynamisme et entrave tout désir de progresser. Nous voulions seulement mettre en vedette que leur méthode fera moins appel à l'expérimentation qu'à l'observation. Les juristes canadiens se tiennent constamment au courant de la vie juridique de France, d'Angleterre et des Etats-Unis. Ils étudient les innovations qui sont tentées en pays étrangers. Ils laissent s'écouler un certain laps de temps avant de préconiser l'importation de solutions juridiques dont ils tiennent à constater auparavant les bons effets. Et, lorsque la mesure nouvelle paraît heureuse dans ses résultats, le juge laisse au législateur le soin de l'introduire dans le Droit de la province.

1. R. J. Q., 65, C. S., p. 300.

En France, par contre, où la création jurisprudentielle est plus poussée, le juge s'est, en quelque sorte, arrogé le droit de tenter des expérimentations. C'est par tâtonnements que la jurisprudence met à l'essai les corrections qu'elle apporte au Droit en vigueur. Placée tout près du justiciable, elle constate les manœuvres qu'il déploie pour tourner la règle juridique, et les répercussions directes ou indirectes de chaque solution. Elle revient sur ses pas si elle s'aperçoit qu'elle a fait fausse route. Et, dans ses revirements, le législateur peut puiser tout un enseignement. C'est dans ce sens qu'il a été défini : « plutôt comme un témoin qui constate le progrès qu'un ouvrier qui le réalise¹. » C'est là une remarque qui, sans conteste, rend hommage à l'action novatrice de la jurisprudence française.

Par quel degré de l'échelle judiciaire, cet hommage semble-t-il spécialement mérité ?

La portée expérimentale des revirements de la Cour de cassation est douée d'une efficacité et d'une envergure que celle-ci ne partage avec aucune autre Cour.

Toutefois, le rôle joué par les juridictions inférieures semble loin d'être négligeable. A maintes reprises, elles ont éclairé et secondé la Cour de cassation dans son œuvre rénovatrice.

Très pénétrée de son autorité, la Cour de cassation a pu se montrer tour à tour timorée ou obstinée, et ce n'est pas toujours spontanément qu'elle a modifié sa jurisprudence : un grand nombre de revirements lui ont été inspirés par la ténacité persuasive des Cours d'appel, auprès desquelles ont réussi à s'accréditer certaines tendances progressives des tribunaux civils.

C'est par ce canal que quelques idées-forces sont parvenues à vaincre la résistance de la Cour de cassation et lui dicter une jurisprudence en harmonie avec les besoins

1. Citation empruntée à M. Celice.

du moment. Maints revirements jurisprudentiels ont été motivés par des changements intervenus dans les conditions sociales et qui faussaient le jeu de l'interprétation première. Seule une vue simpliste des choses permettrait de les qualifier d'abdications. Il y a des volte-faces qui traduisent un effort d'adaptation et qui constituent le seul moyen de parvenir à un réajustement du Droit.

D'autres revirements sont dus à une genèse différente : Il en est qu'explique l'impulsion personnelle d'un membre particulièrement influent de la Cour de cassation. Rappelons, pour mémoire, l'initiative déployée au milieu du siècle dernier par M. Troplong, alors président de la Cour de cassation. En 1853, dans un arrêt retentissant, il faisait opérer un renversement de jurisprudence à propos de la nature des reprises de la femme. De 1853 à 1858, la Cour de cassation a conféré un droit de propriété à la femme sur ses reprises, alors que l'interprétation traditionnelle du Code ne lui avait jamais octroyé qu'un droit de créance.

Le système préconisé, en 1853, par M. Troplong, opérait ni plus ni moins que la création d'un privilège au profit de la femme. Cet avantage exorbitant des règles du droit commun, et destiné à parer à la situation précaire que le Code réserve à la femme, la jurisprudence s'est aperçue rapidement qu'il se retournait en quelque sorte contre l'intérêt même des époux. Son jeu ne s'exerçait pas sans porter un grave préjudice à l'intérêt des tiers. Et le crédit que ceux-ci étaient disposés à accorder aux époux ne pouvait que s'en ressentir. Le retour en arrière exécuté par la Cour dans son arrêt du 16 janvier 1858 est mieux qu'un aveu d'erreur. Cette volte-face manifeste, de la part de la Cour, la recherche du perfectionnement, au risque de paraître éphémère dans l'application de ses doctrines.

La question du cumul de la réserve avec la quotité disponible a donné lieu également à un revirement célèbre : L'arrêt des Chambres réunies en date du 27 novembre 1863¹

1. S. 1863.I.513.

est revenu à la solution qu'adoptait la Cour de cassation dans l'arrêt *Laroque de Mons* (18 février 1818). Elle renonçait, par là, à l'attitude inverse qu'elle avait adopté en 1834, et consolidée depuis à maintes reprises¹. La jurisprudence rétablissait dans sa ligne traditionnelle la hiérarchie des intérêts en présence, dès lors que sa propre expérience la lui avait fait apparaître comme étant non seulement la plus rationnelle au regard des principes généraux du droit des successions, mais aussi comme effectuant la répartition la plus équitable entre les héritiers.

Ces quelques exemples nous aurons permis de constater à quelles sortes de contradictions la jurisprudence peut se trouver sujette au cours de son évolution. Faut-il en conclure que la création jurisprudentielle constitue une source d'incertitude et d'indécision, à coup sûr, préjudiciable aux intérêts privés ?

Le chapitre suivant fournira une réponse à cette question. Et il aura pour objet de démontrer qu'après l'inévitable période de tâtonnements, une stabilité appréciable peut être obtenue par la voie jurisprudentielle.

1. 17 mai 1843; 21 juillet 1846; 21 juin 1848; 17 juillet 1854; 23 juin 1857; 23 juillet 1856; 25 juin 1859.

CHAPITRE III

COMMENT LES JURISPRUDENCES SE SONT-ELLES FIXÉES?

Les décisions que rend le Palais sont comme des pierres qui, en s'amoncelant, forment l'édifice construit par le juge. Toute la solidité de l'édifice tient au ciment qui les relie les unes aux autres. Or, dans la construction jurisprudentielle, c'est l'autorité dont est doué le précédent qui cimente les arrêts, et leur donne toute la cohésion que requiert une œuvre continue et de longue haleine. Si nous insérons dans notre tableau comparatif le respect qui entoure le précédent judiciaire, c'est donc parce qu'il paraît apporter la meilleure mesure de la plus ou moins grande stabilité que réalise l'œuvre jurisprudentielle.

Un tel respect est poussé à l'extrême en Angleterre, où l'on peut bien parler de force obligatoire s'imposant au juge. Celui-ci se trouve lié par la chaîne des précédents dont la succession a formé la Common Law. Le système judiciaire y est constitué de telle sorte que le Juge Parke a pu dire : « Nous ne sommes pas libres de rejeter les précédents, et d'abandonner toute analogie avec les espèces » où ces règles ont été appliquées, même si nous estimons » que les règles qui s'en dégagent sont moins justes ou opportunes que celles que nous aurions élaborées nous-mêmes¹. »

1. Cause *Mirehouse vs. Rennell*.

C'est la crainte de l'arbitraire du juge qui est venue renforcer l'esprit traditionaliste inhérent à la race anglaise, et qui a fait ériger en principe fondamental le respect dû au précédent judiciaire.

Les huit provinces canadiennes soumises à la Common Law ne pouvaient qu'adopter ce moyen de réaliser l'homogénéité de leur Droit. Le même besoin s'est-il fait également sentir dans la Province de Québec où la codification avait déjà pu apporter un élément appréciable d'unification juridique?

Notons bien qu'une telle attitude, même si elle ne faisait pas l'objet d'une disposition constitutionnelle expresse, pourrait fort bien résulter d'un simple état d'esprit qui se serait infiltré grâce au canal du Conseil privé qui est de formation britannique, grâce aussi à la tendance des juges de la Cour d'Ottawa à se référer aux décisions des cours d'équité anglaises.

C'est dans ces termes que se silhouette le problème du précédent dans la pratique judiciaire de Québec. Par leur position même, on entrevoit déjà que la solution relève du domaine des appréciations bien plutôt que des réponses catégoriques. Aussi trouverons-nous dans un parallèle avec la jurisprudence française un utile adjuvant pour faire le point.

S'il faut en croire M. Faye, auteur d'une thèse sur les pouvoirs du juge en Angleterre¹ ce sont les avantages propres au système du *stare decisis* qui en auraient provoqué l'adoption dans la Province de Québec : « Là où les deux » systèmes ont existé concurremment, comme dans la Province de Québec, la Colonie du Cap et les autres possessions britanniques originellement soumises au système » continental, la méthode consistant à attribuer aux décisions judiciaires une autorité exclusive a invariablement » prévalu. »

1. Paris, 1912, p. 53.

Les avantages auxquels fait allusion M. Roger Faye, le Juge Mignault nous les présente comme des motifs s'inspirant du bien commun de la société. A coup sûr, l'intérêt du justiciable est largement pris en considération par le juge qui craint de voir infirmer en appel une sentence qui s'écarterait de décisions réglant antérieurement la question controversée. Il convient, d'autre part, que le contenu de la loi n'appartienne pas au domaine de la fantaisie, mais qu'il reste, au contraire, accessible à la connaissance du public. C'est là une fin qui a paru hautement désirable au Juge Anglin, lorsqu'en 1909, dans la cause *Stuart vs. Bank of Montreal*¹, il a incliné la Cour suprême à se prononcer pour une franche adhésion à la doctrine du *stare decisis*.

Il examinait surtout cette cause sous le rapport de la similitude qu'elle présentait avec des précédents. Et, au cours de sa dissertation, il faisait remarquer qu'à plusieurs reprises, les juges de la Cour suprême s'étaient considérés comme libres de ne pas se conformer à l'orientation antérieurement suivie par cette même Cour, lorsque leur opinion personnelle les inclinait à adopter une autre interprétation. Telle avait été du moins l'attitude observée par le Juge Gwynne dans la cause *Burrand Election*² lorsqu'il avait excusé son indépendance en affirmant que la Cour suprême avait le droit de revenir sur une opinion qui lui paraissait erronée, surtout lorsque cette opinion avait été émise à une époque où la Cour était composée d'autres membres.

Le Juge Anglin signalait ce point de vue comme exceptionnel, et il était loin de le partager, car il le considérait comme fort peu propice à l'intérêt supérieur de la justice. Il se ralliait bien plutôt à l'opinion déjà émise par le Juge Girouard dans la cause *Salvas vs. Vassal*³ : « Il n'entre

1. 41, S. C. R. 541.

2. 31 Can. S. C. R. 459.

3. 27 Can. S. C. R. 89.

» pas dans les attributions de cette Cour de réviser ses
» propres décisions. »

A la vérité, ce sentiment paraît n'avoir fait que s'affermir à la Cour d'Ottawa depuis une trentaine d'années. N'est-ce pas un indice qu'elle est consciente du rôle d'unification qu'elle assumerait avec une plus grande ampleur que le Conseil privé, en raison du plus grand nombre de causes sur lesquelles elle statue définitivement? Il est avéré, en effet, que le Conseil privé n'a jamais tenu à s'assujettir de façon formelle à la doctrine du *stare decisis*.

Ainsi voyons-nous Lord Sumner, porte-parole du Conseil privé, dans la cause Vandry¹ mentionner qu'il n'est pas lié par les décisions antérieures. Il ajoute, cependant que, malgré cette circonstance, la sagesse conseille d'adopter une construction jurisprudentielle qui a longtemps prévalu devant les Cours. Mais il ne s'appesantit pas sur les précédents comme le fait la Chambre des Lords pour les causes d'Angleterre. Et il revient rapidement à l'examen des textes du Code.

A la Cour du Banc du Roi, l'attitude adoptée se modèle souvent sur celle qu'avait explicitée Sir Alexandre Lacoste, qui siégeait en qualité de juge en chef lors de la cause Migner et Saint-Lawrence Fire Insurance Co². Examinant deux précédents invoqués par la partie appelante, il les trouve manifestement en opposition avec la loi. Or, ajoute-t-il, « c'est d'après la loi que nous devons juger ». Et, plus loin : « Nous apprécions le sentiment de justice de l'honorable »
» juge qui déplore le sort de ceux qui ont contracté sur la »
» foi des jugements précités, mais nous sentons peser sur »
» nous la responsabilité d'arrêter avant qu'elle soit fixée »
» définitivement, une jurisprudence qui modifierait profondément la loi des contrats telle que nous la comprenons, »
» et entraînerait des conséquences autrement graves que

1. 1921, *Appeal Cases*, vol. I, p. 265.

2. 1900, R. J. Q. 10, B. R. 148.

» celles qui nous sont signalées. *Non exemplis, sed legibus*
» *judicandum.* »

Il ne nous paraît pas indifférent de mentionner les arguments du Juge Cimon, qui, dans cette même cause, faisait entendre une voix dissidente : « Il me semble, disait-il, que les deux jugements de la Cour d'appel forment une jurisprudence. Il est vrai que la question ne paraît s'être » présentée que deux fois devant cette Cour, mais elle a été » chaque fois décidée de la même manière, et ce, à dix ans » d'intervalle, et en des termes très clairs qui ne laissent pas » de doute sur le sens de ces deux décisions. Il faut de la » stabilité dans les jugements. » Il cite ensuite cette phrase de Montesquieu : « Les décisions doivent être apprises pour » que l'on juge aujourd'hui comme l'on jugea hier¹. » Et, plus loin, il insiste encore : « Les deux précédents de la Cour » d'appel forment une jurisprudence que nous devons suivre jusqu'à ce qu'elle soit renversée par un tribunal supérieur à celui-ci. »

En dépit de sa forme catégorique, cette conclusion n'a pas été érigée en règle, puisque la Cour du Banc du Roi s'est ralliée à l'opinion émise par le juge en chef, et qui revêtait une incontestable autorité parce qu'elle s'appuyait sur l'existence, en Québec, d'un Droit codifié.

C'est à juste titre, nous semble-t-il, que le Juge Anglin pouvait signaler l'autorité du précédent comme l'une des divergences les plus remarquables qui séparent le Droit civil de la Province de Québec et la Common Law des autres provinces canadiennes².

A la Cour supérieure, comme à la Cour du Banc du Roi, c'est l'article du Code qui fait la loi, bien plutôt que le précédent judiciaire. Le juge a la faculté de s'écarter de la ligne jusque-là tracée par ses prédécesseurs, car celle-ci ne limite pas ses investigations. Mais, en fait, le juge verra

1. *Esprit des Lois*, liv. VI, ch. I.

2. *Canadian Bar Review*, I, 39 : « Law of Quebec and other Provinces ».

dans le précédent un guide presque infaillible, et il sera d'autant plus incliné à le suivre qu'il n'ignore pas combien la Cour suprême se montre respectueuse de la doctrine du *Stare decisis*. S'il en était autrement, les avocats ne rechercheraient pas aussi minutieusement tous les précédents qui peuvent illustrer le moindre détail de leurs plaidoiries. Ceux-ci se trouvent généralement reproduits dans les jugements, qui mettent en relief non seulement les circonstances de fait à rapprocher de la cause considérée, mais aussi les arguments juridiques qui ont motivé la sentence antérieure.

La crainte de voir sa décision infirmée en appel se trouve, en outre, renforcée par l'esprit traditionaliste du juge de Québec. Et tous ces impondérables permettent de conclure que l'autorité du précédent occupe, dans la Province de Québec, une place intermédiaire aux stades où elle est parvenue en Angleterre, d'une part, en France, d'autre part.

Sans conteste, les tribunaux français ont manifesté une plus grande indépendance à l'égard des décisions qu'ils ont antérieurement rendues, et nous croyons que l'anonymat de la sentence peut bien entrer en ligne de compte parmi les facteurs qui leur ont permis cette attitude. L'impulsion de la doctrine n'est pas étrangère non plus à l'évolution jurisprudentielle. Elle stimulait le juge à abandonner l'exemple des décisions auxquelles sa critique avait fait un sort.

En France, aucun lien de force coutumière, ni légale, ne rattache les décisions judiciaires les unes aux autres. La loi ne partage pas sa suprématie avec la décision judiciaire; et, ce n'est pas là une règle qui date de la promulgation du Code : Déjà, sous l'ancien Droit, Bouhier pouvait dire : « Il » est plus convenable de ramener la jurisprudence des arrêts » aux principes que de réduire les principes à la jurisprudence des arrêts¹ ».

1. Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, t. I, n° 23.

C'est donc l'esprit déductif inhérent à la logique juridique française qui s'interposerait pour interdire au précédent la place prépondérante qu'il occupe dans les systèmes où la Common Law a pu pénétrer. L'adage : « *Res judicata pro veritate habetur* » n'a jamais consisté, en Droit français, à douer d'une autorité souveraine le précédent judiciaire. Il ne se contente pas d'impliquer la répétition de circonstances analogues. Pour qualifier la chose jugée de « vérité », il exige également l'identité des parties, et ses conséquences ne concernent nullement l'orientation à suivre dans un nouveau jugement. Elles ont pour objet exclusif un refus d'accès au prétoire.

Par conséquent, ces deux notions ne doivent pas être confondues, sous peine d'erreur grave. Mais si nous avons tenu à mettre en lumière la portée toute relative de la chose jugée au regard du Droit français, c'est afin de mieux montrer que l'autorité du précédent n'a jamais reçu d'appui théorique, et afin de pouvoir placer ensuite la question sous son jour uniquement pratique, en examinant l'attitude des Cours.

Se laissent-elles impressionner par des arguments que les avocats appuient sur l'orientation indiquée par des décisions antérieures ? En une telle matière, entièrement livrée au domaine de la psychologie, la réponse à cette question ne peut se déterminer que sur le poids et la fréquence d'une expression courante au palais : « Il est de jurisprudence constante que... »

Assurément les juges français ne se montrent jamais insensibles à une démonstration qui poursuit cet objectif. Et, pour saisir sur le vif la tendance que nous voulons préciser, nous citerons, à titre d'exemple, le rapport du Conseiller M. Pilon présenté devant la Chambre des requêtes, le 8 mars 1937¹. Le conseiller rapporteur mentionne deux

1. S. 1937.I.241.

arrêts rendus par la Cour de cassation, et qui annihilent la portée de cet argument du pourvoi : « Ce cumul d'actions en responsabilité contractuelle et délictuelle est interdit par la jurisprudence »... Non seulement l'avocat général les invoque, mais il prend soin de retracer les faits qui ont donné à la justice l'occasion de se prononcer. Puis il examine minutieusement la question de savoir si leurs solutions n'ont pas été contrecarrées par les décisions ultérieures comme le prétendait le pourvoi. Et son argumentation consiste à établir que les unes et les autres peuvent parfaitement se concilier. Une telle recherche ne traduit-elle pas la mentalité de toute la Cour, qui, sans contredit, se laisse influencer par un argument de cette nature : « C'est en ce sens que le texte a déjà été interprété par la Cour de cassation. »

Il serait donc erroné de croire insignifiante l'autorité du précédent dans la pratique judiciaire française. Cette autorité paraît indéniable en fait ; elle se manifeste par la force attractive qu'exerce aux yeux des conseillers de la Cour l'argumentation qui a emporté, une fois déjà, leur décision. La Cour n'abandonne jamais à la légère une solution antérieure. Peut-être, en se déjugant, craindrait-elle de nuire à son prestige?... Elle est, à coup sûr, consciente du rôle qu'elle assume, et des répercussions qu'entraîne, sur toute l'échelle judiciaire, l'abandon d'un précédent. Nous ne voulons pour preuve de la psychologie des tribunaux à cet égard que le témoignage d'un juge qui a pu observer sur le vif les moindres réflexes de ses collègues : « Ils étudient la jurisprudence, et, dans un esprit de fétichisme pour la Cour de cassation, ils l'appliquent comme un texte de loi. On connaît la formule, bien commode, en vérité : Cela ne se plaide plus¹. »

Or, pour qu'une controverse s'apaise et qu'elle ne donne

1. Cf. M. Ransson, juge au tribunal de la Seine, *L'art de juger*, p. 101.

plus lieu à aucun procès, ne faut-il pas que le précédent judiciaire soit doué d'une efficacité véritable?

N'est-ce pas la preuve la plus évidente qu'il fait dorénavant partie intrinsèque du Droit en vigueur?

L'habitude de se reporter à des précédents dont il suit la directive devient, pour le juge, un moyen continuel d'opérer une systématisation de règles juridiques. Ce procédé a pour effet de démunir l'espèce déjà rendue de toute son apparence concrète, et de schématiser le concept juridique qu'il parvient à isoler. L'application à de nouvelles espèces d'une orientation qui dérive des précédents résulte d'un effort de généralisation; puis la déduction succède à l'induction; et la combinaison de ces deux démarches de l'esprit aboutit à une construction juridique dont le prétoire affermit la solidité chaque fois qu'il fait appel à sa sanction.

TROISIÈME PARTIE

Les résultats jurisprudentiels

Nous venons de rechercher dans quelle mesure le précédent jurisprudentiel peut être érigé par le juge en règle de Droit. Il convient, maintenant, d'illustrer cette vue systématique par un choix d'applications concrètes permettant de dégager le génie créateur des deux jurisprudences que nous comparons.

L'idée directrice qui nous a guidée dans ce choix ne s'écarte pas du cadre très vaste des lacunes de la loi ; mais, à propos de chacun des domaines que nous envisagerons successivement, elle se dédouble d'une raison particulière qui a prévalu dans notre discrimination :

Certains chapitres sont destinés à faire ressortir l'idée que la jurisprudence française parvient à établir une réglementation, qui, dans la Province de Québec, a été élaborée par le législateur.

Le cas inverse sera également abordé ; mais l'aperçu comparatif que nous avons donné des matériaux juridiques nous permet dès maintenant de prévoir qu'il se rencontrera moins fréquemment.

D'autres domaines nous montreront les juges des deux pays aux prises avec une loi qu'ont rendue insuffisante les transformations de la vie économique et sociale.

Au cours de certains chapitres que nous envisagerons à cet égard, il nous sera loisible de remarquer une certaine similitude entre les solutions proposées. Nous en pourrons

déceler l'origine, soit dans une échange d'influences, soit dans l'aboutissement logique des conceptions juridiques.

Plus nombreux, cependant, seront les grandes lignes ou les détails qui nous donneront l'occasion de signaler des différences irréductibles entre les jurisprudences canadienne et française. L'évolution historique des questions que nous étudierons à ce propos nous autorisera à induire que, loin de s'aplanir, ces différences ont plutôt tendance à s'accentuer. Mettant en vedette les positions divergentes qu'ont ainsi adoptées les deux jurisprudences à l'égard de règles semblables, notre conclusion s'appesantira sur le particularisme juridique des deux pays envisagés. C'est cette considération qui étayera notre opinion sur l'effort d'uniformisation des Droits qui, de nos jours, préoccupe tant l'esprit de certains juristes.

CHAPITRE PREMIER

LES ASSURANCES SUR LA VIE

Le juge, certes, a pour fonction d'interpréter la loi. La mission qui lui est dévolue au regard de la loi, est théoriquement ultérieure à celle du législateur. Nous disons : « théoriquement » parce qu'en fait, il arrive que les rôles s'intervertissent, et que le législateur se préoccupe des résultats jurisprudentiels pour orienter l'élaboration des textes qu'il vote. Lors des discussions parlementaires, il est fait maintes fois mention de telle solution proposée par les tribunaux soit qu'elle s'accorde le mieux avec les principes généraux du Droit, soit qu'elle s'adapte excellemment à des besoins modernes dont le juge, placé tout près du justiciable, est à même de sentir l'acuité de façon tangible.

Ainsi, le Sénat et la Chambre ont-ils constamment les yeux tournés vers le Palais, et certaines des lois qu'ils ont votées ne sont que la consécration de résultats jurisprudentiels. Nous tenons à aborder notre troisième partie par cette face de la question, parce qu'elle constitue, à coup sûr, l'une des preuves les plus manifestes de l'efficacité des créations jurisprudentielles. Et c'est à propos des assurances sur la vie que nous dégagerons le rôle de collaboration joué par le juge dans la genèse de la loi.

M. Curral, rapporteur au Sénat, l'a reconnu de manière formelle, et c'est dans les termes suivants qu'il a cité l'apport jurisprudentiel parmi les sources dans lesquelles ont puisé les auteurs du projet de loi sur les assurances : « Cette

» espèce de Droit prétorien que constituaient les décisions
» d'une jurisprudence qui n'avait cessé de combattre et
» de réprimer les abus de droit des assureurs¹. »... L'exposé
des motifs du projet Justin Godart (rédigé par M. Hémard)
est plus explicite : « Le rôle de la jurisprudence se combi-
» nait avec celui de la doctrine dans l'élaboration du Droit
» des assurances, tantôt en le créant de toutes pièces, tan-
» tôt en interprétant les conditions générales des polices². »
Il parle ensuite de « leur travail de formation du Droit »
... qu'il qualifie plus loin³ comme étant l'une des plus belles
constructions juridiques du XIX^e siècle en France.

De l'aveu même du législateur, la promulgation légale
avait donc surtout pour objet d'imprimer une autorité
générale et abstraite à un Droit qui, émanant des tribu-
naux, paraissait doué d'un aspect concret, et, pour ainsi
dire, individualisé. Et chacun des articles de la loi du 13
juillet 1930 apparaît comme la quintessence d'arrêts qui se
sont succédé depuis cinquante ans dans les Cours judi-
ciaires. Cette matière des assurances constitue l'un des ty-
pes les plus parfaits d'adaptation à des besoins nouveaux,
grâce à un assouplissement, pour ne pas dire un efface-
ment d'un principe du Code. Cette double opération est
due à l'effort combiné de la pratique commerciale et de la
bienveillance jurisprudentielle. Le législateur n'a dit, en
France, que le mot de la fin. Il a couronné un édifice déjà
construit. Dans la Province de Québec, c'est, au contraire,
lui qui a pris les devants. Aussi la jurisprudence canadienne
ne s'est-elle pas trouvée devant la nécessité de construire
tout un système juridique pour combler une lacune de la
loi. Son rôle ayant surtout consisté à appliquer des textes
existants, la comparaison fera ressortir, par contraste, la
mission créatrice qu'a dû assumer la jurisprudence fran-
çaise pour pallier à la déficience législative.

1. Cf. *Journal officiel* du 13 novembre 1930, Annexe n° 395, p. 1004.

2. Cf. *Journal officiel* du 14 août 1925, Annexe n° 1544, p. 637.

3. *Idem*, p. 648.

Pour paraître mieux tracée, la tâche du juge de Québec ne s'est pas toujours montrée plus aisée. Elle a requis, en effet, une mise au point que rendait délicate la complexité des sources dont s'étaient inspirés les rédacteurs de la loi sur les assurances¹.

Malgré les origines anglaise et américaine de la loi qu'ils devaient appliquer, les juges de Québec n'ont pas voulu méconnaître les principes généraux du Droit civil qui restaient son cadre. Voici, par exemple, une cause² dans laquelle il était loisible au juge de ne pas rechercher de base légale à sa sentence ailleurs que dans la loi sur les assurances des maris et des parents, dont l'article 12 interdisait au mari de révoquer l'assurance passée au profit de sa femme, si ce n'est pour le bénéfice des enfants. C'était la réponse directe au litige qui se posait devant la Cour du Banc du Roi. Et, cependant, le Juge Dorion a cru bon de se référer également à l'article 1029 du Code civil³ qui ne permet pas la révocation par l'assuré, du moment que le bénéficiaire a accepté la stipulation.

C'est encore par un appel aux principes généraux que la jurisprudence canadienne a pu préciser le droit appartenant au stipulant de changer par une disposition testamentaire le bénéficiaire d'une assurance sur la vie, alors que le premier désigné n'avait pas encore fait acte d'acceptation. A cet effet, la cause Dalziel⁴, plaidée en 1917, paraît bien

1. Elle est insérée au Code civil de Québec. Elle comprend 125 articles. Les codificateurs paraissent s'être référés surtout à la doctrine et à la jurisprudence anglaises. Quant à la loi sur les assurances des maris et des parents, elle est une importation directe du Droit de l'Etat de New-York. Elle est antérieure au Code (1865).

Elle s'applique aussi bien dans l'Ontario que dans la Province de Québec.

Le pouvoir législatif, en matière d'assurances, est réparti entre le Parlement fédéral et celui de la Province. C'est le Comité judiciaire du Conseil privé qui doit trancher les conflits de compétence.

2. Banque provinciale du Canada vs. Poulin, 55 K. B., p. 498.

3. C'est le texte qui, dans le Code de Québec, correspond à notre article 1121.

4. Cour Supérieure, t. LIII, p. 316.

revêtir la valeur d'un arrêt de principe. Le passage que nous extrayons des notes de Sir François Lemieux, juge en chef de la Cour de révision manifeste clairement le processus de sa pensée : « Le règlement interdisant à l'assuré la faculté de léguer le bénéfice par testament, ou de nommer un bénéficiaire par testament, est contraire à la loi, répugne à l'*esprit de notre droit public*, et, partant, est nul *ultra vires*... » L'ordre public qu'invoque ici le Juge Lemieux est celui qu'il trouve défini sous la plume de Troplong¹ dont il cite un paragraphe concernant la liberté de tester. Il se réfère encore à Toullier, à Pothier³ et à Merlin, puis à deux causes de la Cour d'appel de l'Ontario.

On ne peut s'empêcher de remarquer au passage l'éclectisme de telles références. C'est là une observation qui vient souvent à l'esprit lorsqu'on feuillette les recueils de jurisprudence québécoise.

Dans la même instance, le Juge Belleau était d'avis, par contre, que la loi morale et l'ordre public n'étaient nullement en cause. Mais cette conception a été repoussée en Cour d'appel. Et le Juge Martin, qui siégeait au Banc du Roi, s'est prononcé pour l'admission d'une révocation insérée dans le testament de l'assuré. Il analyse le droit du bénéficiaire comme une simple expectative, que, seule, la mort de l'assuré peut transformer en droit véritable. Le Juge Martin emprunte cette construction juridique à la Cour d'appel de New-Jersey, et à des décisions de Québec, datant de 1894 et de 1908⁴.

Le juge Bernier ne se prononçait pas autrement lorsqu'en 1927 il affirmait que, dans le contrat d'assurance, le tiers intéressé « ne saurait avoir acquis un droit au bénéfice avant d'avoir « accepté ce bénéfice⁵ ». Jusqu'à l'acceptation, il n'y

1. *Donations et testaments*, n° 89.

2. T. V, n° 67.

3. T. II, p. 429.

4. Cause Hugues vs. Rees, 3, K. B. 443; cause Baron vs. Lemieux, 17, K. B., p. 177.

5. *Revue du Droit de la Province de Québec*, t. V, p. 1.

aurait donc, de la part de l'assuré, qu'une *offre* de libéralité.

Une telle analyse est, depuis longtemps, rejetée par la jurisprudence française qui lui a substitué la notion d'un droit direct prenant naissance en la personne du bénéficiaire dès le jour du contrat. Les juges canadiens n'ont pas été été, du reste, sans percevoir l'écho de cette nouvelle construction, et certains d'entre eux s'y sont pleinement ralliés¹. Une divergence d'opinions, à ce propos, ne pouvait entraîner en Québec d'aussi graves répercussions que si elle s'était produite simultanément dans les Cours de France avant la loi de 1930. En effet, dans la Province de Québec, l'existence d'une législation régissant l'assurance sur la vie permettait de considérer ce contrat comme étant *sui generis*. Elle dispensait de le rattacher, comme en France, à un cadre donné, pour en déduire toutes les conséquences juridiques.

Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Colmar, rendu le 27 février 1865, avait également tenté de s'écarter des constructions déjà profilées dans le Code civil. Il cherchait à doter l'assurance sur la vie de règles particulières parce qu'il l'analysait comme un contrat « admis dans la jurisprudence française à une époque relativement récente, et » qui ne se rencontre par suite, parmi aucun de ceux énumérés, spécifiés et réglés par les dispositions du Code². »

Mais cet arrêt est resté isolé dans notre jurisprudence : La Cour de cassation a préféré greffer à une construction préétablie la réglementation qu'elle élaborait, au risque d'amenuiser un principe et d'élargir démesurément son exception. Le principe, c'est celui que contient l'article 1119 qui prohibe la stipulation pour autrui. L'article 1121 admet une dérogation à ce principe dans le cas où la stipulation au profit d'un tiers apparaît être la condition d'une

1. Le Juge Mignault, dans le *Droit canadien* (t. VI, p. 470) cite et approuve les attendus de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1888 (S. 1888.I.121).

2. S. 1865.2.337.

stipulation que l'on fait pour soi-même. C'est cette règle que la jurisprudence a dotée d'une grande flexibilité. Afin de légitimer l'assurance, et d'en tolérer l'épanouissement, elle s'est montrée de moins en moins exigeante à l'égard de l'intérêt propre que le stipulant doit trouver dans le contrat dont il fait bénéficier un tiers. Elle s'est contentée d'un intérêt purement moral et même implicite. Elle en est arrivée à présumer l'existence de l'intérêt dans le fait même que l'acte juridique avait été passé. Grâce à ce processus, une exception prenait bientôt figure de principe.

Désormais, l'assurance était viable, mais le rôle de la jurisprudence n'était pas achevé. Il lui restait encore à déterminer les effets juridiques du Droit dévolu au tiers bénéficiaire. Ce sont des tâtonnements successifs qui l'ont acheminée à la formule que nous avons recueillie dans l'arrêt de la Chambre civile, en date du 8 février 1888 :
« Attendu que la stipulation pour autrui confère immédiatement un droit au tiers au profit duquel elle a eu lieu ;
» qu'à la vérité, ce droit peut être révoqué par le stipulant, mais qu'il devient irrévocable du jour où le tiers a
» déclaré vouloir en profiter ; que l'article 1121 n'impose
» aucune condition de validité, qu'il n'y a donc lieu d'appliquer en la matière ni l'article 932 C. civ. aux termes
» duquel les donations doivent être acceptées du vivant du
» donateur, ni les principes généraux, qui régissent la
» formation des contrats par l'acceptation d'une offre¹. »

Il est vrai que l'arrêt du 2 juillet 1884² admettait déjà que le capital de l'assurance ne figurât pas au patrimoine du stipulant, mais il n'osait pas affirmer que le droit du bénéficiaire pouvait prendre naissance avant le décès du stipulant. Sans conteste, l'arrêt du 8 février 1888 franchissait un pas de plus. Mais il laissait coexister les notions de donation et de droit direct. L'arrêt de la Chambre civile,

1. *Dalloz périodique*, 1888.I.193.

2. D. 1885.I.150.

en date du 29 juin 1896¹, a porté remède à cette contradiction. Désormais, l'idée de droit direct supplantait celle de donation, et le bénéfice de l'assurance était censé n'avoir jamais fait partie du patrimoine du stipulant. Par conséquent, il ne devait pas entrer en ligne de compte pour le calcul de la réserve. Et ainsi disparaissait l'anomalie qu'avait laissé subsister l'arrêt de 1884, et, qu'à juste titre, certains auteurs avaient pu considérer comme une discordance dans l'harmonie du système jurisprudentiel.

La question s'est posée également devant les tribunaux de savoir si le capital de l'assurance devait être ou non assujetti aux règles concernant le rapport.

Dans la Province de Québec, c'est là un problème que résout l'article 642 du Code civil, qui soumet au rapport le produit de l'assurance². En France, le système jurisprudentiel rejetant l'idée de donation, ne pouvait assujettir au rapport le capital assuré. Mais la question restait entière quant au rapport des primes. Elle a été résolue par la Cour de cassation, qui, dans son arrêt du 13 avril 1899, établit une distinction suivant la cause et la nature de la dépense que représentent les primes. Ainsi pouvait-on mettre en échec la manœuvre qui consisterait, de la part du testateur, à tourner la règle de l'égalité des partages, grâce au mécanisme de l'assurance sur la vie. C'est donc par une juste compréhension des intérêts en jeu que la Cour soumettait au rapport les primes qui paraissaient disproportionnées avec les revenus du stipulant.

Cet aperçu, forcément très succinct, de la réglementation jurisprudentielle nous aura, néanmoins, fourni l'occasion de mesurer la distance parcourue depuis le jour où Portalis, dans l'exposé des motifs du Code, pouvait dire : « On a » proscrire avec raison les assurances sur la vie des hommes » parce qu'un pareil acte est vicieux en soi³. »

1. D. 1897.I.73.

2. Juge Demers dans la cause *Dame Demers c. Baby* (Cour de Révision, 26 nov. 1919), 26, R. L. n. s., p. 66.

3. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 119.

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS NATURELLES

La théorie des obligations naturelles a été édiflée par le juge dans un domaine que lui laissait libre le législateur parce que la rigidité des règles légales est incompatible avec lui, en raison des nuances qu'implique la diversité des problèmes concrets, où la morale pénètre dans le Droit.

Comme il existe peu de champs plus propices à la liberté d'action du juge, la lumière comparative y fait particulièrement ressortir la vitalité propre de chaque jurisprudence. La position qu'occupe celle-ci à l'égard des devoirs moraux, dont elle admet la reconnaissance au titre d'obligation naturelle, est significative de l'atmosphère morale, sociale et économique de l'époque et du milieu envisagés. Elle fournit de précieux renseignements sur les courants d'idées qui viennent à prévaloir. L'arbitraire des juges n'étant pas limité par des prescriptions légales n'a pour point de repère que l'évolution des mœurs; encore cette évolution ne doit-elle pas l'enchaîner dans ses solutions, car il ne faut pas renverser les rôles de guide.

La volonté du juge se superpose à celle de l'obligé pour lui donner une forme, une consistance, et la pourvoir d'efficacité juridique. Cette volonté du justiciable constitue en l'occurrence le seul matériel mis à la disposition de la jurisprudence. Le rôle du juge n'en est que plus considérable. Il apparaît comme sanctionnateur de devoirs moraux que n'impose aucune loi civile, mais que dicte le

souci de l'équité. L'œuvre jurisprudentielle déborde donc pleinement le cadre de la simple interprétation et rentre dans celui de la création de droit dès lors qu'elle fait passer le devoir de conscience au stade d'obligation naturelle ou qu'elle érige celle-ci en obligation civile.

D'autre part, le rôle moralisateur des tribunaux civils apparaît ici en plein exercice, et la comparaison donne une idée de l'autorité qui leur est impartie, car elle offre l'occasion de discriminer l'ordre et le conseil, suivant qu'ils munissent ou non l'obligation d'une sanction juridique.

Elle jette encore une lueur intéressante sur les méthodes qu'ils emploient et sur la systématisation qui résulte de leurs solutions. Cette systématisation apporte une heureuse contribution à la doctrine juridique, car elle trace les frontières qui délimitent le domaine des obligations naturelles, en les discernant des pures libéralités, d'une part, et des obligations civiles, d'autre part. C'est généralement sous ce biais que le problème se pose à la barre du tribunal. La solution que demande le justiciable exige que le juge recherche dans les circonstances de la cause s'il peut y déceler tel ou tel trait distinctif appartenant à l'une de ces trois catégories juridiques et qui lui permettra d'édicter une sanction appropriée. Il devra, par exemple, se prononcer à propos d'une répétition de paiement. Or, celle-ci n'est pas admissible lorsqu'il s'agit d'une obligation naturelle.

Et c'est à ce propos que se trouve (dans l'art. 1235) la seule allusion que le Code Napoléon fasse des obligations naturelles. La jurisprudence a dû greffer toute sa théorie au sujet de leur nature sur une directive concernant exclusivement leur effet.

Outre une disposition analogue, le Code de Québec se montre plus explicite à propos du cautionnement des obligations naturelles que permet d'une façon expresse l'article 1932. Les codificateurs l'ont rédigé différemment de l'article 2012 du Code français, afin, disent-ils dans leur rapport, d'éviter « le doute résultant de l'omis-

sion ». Il est vrai qu'un tel doute qui a pu jadis planer en droit français a, depuis longtemps, été dissipé par la jurisprudence dans le sens que consacre le Code civil de la Province de Québec. Du reste, au Canada, l'existence d'une disposition formelle dans la loi à cet égard, n'empêche pas que le problème soit encore posé devant les tribunaux. Voici, à titre d'exemple, la cause *Dorval v. la Prévoyance* qui a été tranchée en Cour supérieure le 27 janvier 1937 à Montréal, et dans laquelle le Juge Denis a dû se prononcer sur la nature de l'obligation qui incombe à la caution après une remise de dette faite au débiteur principal par le moyen d'un concordat. Nous reproduisons une partie de sa sentence :

« Considérant que la remise de dette faite à un débiteur » au moyen d'un concordat, est toujours réputée forcée » et laisse subsister une obligation naturelle relativement » à ce débiteur...

» Considérant que le caractère maintenant imparfait » de l'obligation du débiteur, devenue une obligation naturelle par l'effet du concordat, ne lui a pas appartenu dès » son origine; de civile qu'elle était d'abord, elle n'est » devenue naturelle que par l'effet d'un événement postérieur et entièrement indépendant de la volonté du » créancier; la défenderesse ayant, à l'origine, cautionné » une obligation civile, son cautionnement continue à » subsister lorsque, changeant de caractère, l'obligation » devient naturelle. »

Cette décision témoigne d'une grande similitude avec le Droit français, en ce qui concerne, d'une part, l'origine de l'obligation naturelle qui provient d'une obligation civile dégénérée et, d'autre part, la validité du cautionnement dont l'obligation naturelle peut faire l'objet.

Elle pourrait également, dans l'un et l'autre droits, constituer la cause d'une nouvelle obligation civile consentie par le débiteur. Ainsi en a-t-il décidé dans la cause *Lockerby*

v. *O'Hara*¹ à propos d'une remise de dette à la suite d'un concordat, et dans la cause *Naull v. Pellerin*² où une allusion à l'obligation naturelle se trouve sous la forme suivante : « Bien que le défendeur n'était pas, en droit, strictement tenu au paiement du billet, il en devait *morale-ment* le montant au dit T... et il a reconnu cette obligation morale en donnant à T... la note après que le règlement de faillite ait été conclu. On ne peut pas prétendre que le billet ait été donné afin de pousser T... à accepter le règlement, mais qu'il a été donné volontairement, après que le règlement ait été effectué... L'obligation morale est une considération suffisante pour que soit valable un billet promissoire. »

On remarquera qu'aucun texte légal ne sert de base à cette décision. Certaines autorités sont citées en note. Elles sont toutes de nature jurisprudentielle.

En outre, ce cas concret nous aura montré un moyen de sanctionner en justice une obligation naturelle dans le fait de la considérer comme la cause d'un billet. Mais encore faut-il qu'elle ne soit pas illicite. *A priori*, on peut s'étonner que l'accomplissement d'un devoir de conscience puisse jamais être de nature à enfreindre les bonnes mœurs. Mais cependant des considérations tirées de l'ordre public suffisent à le dépouiller de toute sa force. Et, ici, nous pénétrons dans un domaine où les deux jurisprudences ne concordent plus, car l'ordre public n'est pas identique d'un continent à l'autre.

En France, par exemple, la loi érige en délit le fait pour un consommateur de ne pas payer les boissons qu'il a absorbées. Dans la Province de Québec, le fait illicite, c'est celui qui consiste à vendre des boissons alcooliques au verre, à d'autres que des voyageurs³.

1. M. L. R., 7 S. C., 35, en 1895.

2. 71 C. S. 320, en 1935.

3. Cf. article 1481 du Code de Québec : « Les cabaretiers et autres qui vendent des liqueurs enivrantes pour être bues sur le lieu à d'autres que des

C'est pour ce motif que, dans la cause *Cloutier v. Poirier*¹ le Juge Loranger n'a pas admis la validité d'une reconnaissance de dette en paiement de boissons dites enivrantes. Au cours de son jugement, il donne cet aperçu qui montre jusqu'à quel point l'idée d'obligation naturelle doit être ici rejetée et réduite à un fait pur et simple qu'on ne saurait ni confirmer ni ratifier : « Dans le cas d'obligation naturelle ordinaire, le débiteur qui l'aurait acquittée ne » pourrait plus en répéter le paiement, tandis que s'il » s'agit de liqueurs vendues et payées autrement qu'en » deniers sonnants, le débiteur qui aurait payé aurait » l'action en répétition de l'indu. »

La jurisprudence française consacre une solution analogue aux obligations naturelles dont la cause est réprouvée par l'ordre public qu'elle est chargée de maintenir. Ainsi la Chambre des requêtes, le 18 mars 1895, a-t-elle admis qu'un débiteur demande en justice la répétition d'intérêts versés à un taux que la loi qualifie d'usuraire².

Si les notions d'ordre public pénètrent dans le domaine des obligations naturelles pour en amenuiser les effets, l'état des mœurs intervient également dans leur discrimination : Signalons à ce propos qu'il n'est pas d'un usage courant au Canada que les parents constituent une dot à leurs enfants lorsque ceux-ci se marient. Mais s'il se trouve, en dépit des habitudes actuelles, certains pères qui versent

voyageurs n'ont pas d'action pour le prix de ces liqueurs. » — C'est la reproduction de l'article 128 de la Coutume de Paris : « N'ont les taverniers et cabaretiers aucune action pour vin et autres choses par eux vendues en détail par assiette en leurs maisons. » Le Code Napoléon n'a pas conservé cette disposition.

Par contre, au Canada, le caractère illicite de la vente de liqueurs enivrantes est encore proclamé par la loi des licences de Québec, 63, Vic. 12 S. 156, qui dispose que le paiement est « censé avoir été fait sans cause et contre la loi ».

L'article 157 du statut ci-dessus admet la répétition du paiement fait à ce propos. L'article 158 interdit toute action en justice pour la livraison de liqueurs vendues en contravention à la présente loi.

1. Cause *Cloutier vs. Poirier*, 35, R. L., p. 436.

2. D. 1895.1.346.

néanmoins à leurs enfants une somme jouant le rôle attribué à la dot en France, leur acte apparaîtra, aux yeux du public, bien plutôt comme une générosité que comme l'acquittement d'un devoir dont ils auraient pu se croire tenus en conscience.

En France, par contre, la constitution de dot est d'un usage si répandu que sa qualification a pu faire l'objet de vives controverses juridiques. Le Code civil lui déniait expressément la valeur d'obligation civile aux termes de l'article 204 qui dispose : « Les enfants n'ont pas d'action » contre les père et mère pour un établissement par mariage » ou autrement. » La question qui s'est posée devant les » tribunaux a consisté à savoir si la constitution de dot devait faire ou non l'objet d'une obligation naturelle. C'est la solution affirmative qui était unanimement consacrée au cours du XIX^e siècle. Or, la position inverse a été adoptée par l'arrêt de Montpellier du 16 décembre 1901. La Cour a fait valoir que la constitution de dot est assujettie au rapport et à la réduction qui sont des règles de fond, propres au droit des donations. Aussi a-t-elle décidé que la constitution de dot s'apparentait bien plutôt avec les libéralités qu'avec les obligations naturelles¹.

Fallait-il voir là une application concrète de la lutte entre les concepts philosophiques de charité et de justice ? et peut-on insinuer que le mouvement des idées sociales l'a revêtue depuis lors, d'un aspect nouveau ?

Comme il s'agit d'un problème appartenant au droit familial, nous croyons plutôt que le débat n'a pas débordé le terrain juridique lorsque la Cour de Poitiers qui a dû l'examiner le 26 avril 1923 l'a résolu en sens contraire². Par là, elle ressuscitait une solution admise dans l'Ancien Droit en pays de Droit coutumier, alors qu'en pays de

1. D. 1907.2.242.

2. D. 23.2.121.

Droit écrit, la constitution de dot formait l'objet d'une obligation civile.

Voici, en bref, l'espèce qui se présentait à Poitiers : Un père demandait à recouvrer la jouissance d'une maison et de terres qu'il avait abandonnée à son fils lorsque celui-ci s'était marié. Le tribunal civil de Poitiers avait admis cette revendication parce qu'il avait analysé cette constitution de dot comme une pure libéralité dont il avait admis la nullité pour vice de forme. La Cour d'appel a réformé ce jugement : « Attendu, dit-elle, que le devoir des père et mère de pourvoir à l'établissement de leurs enfants par mariage ou autrement est une *obligation naturelle* et que les engagements pris en vue d'acquitter les obligations de cette nature, constituant bien moins des libéralités que des actes à titre onéreux, ne sont pas soumis aux règles de forme qui régissent les dispositions à titre gratuit, qu'un acte authentique n'a donc pas besoin d'être représenté et que les appelants peuvent faire la preuve de l'engagement qu'ils allèguent à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, appuyées d'un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347. »

L'intérêt de la question n'était donc pas purement doctrinal : De la solution dépendait en l'espèce la validité d'une constitution de dot qui n'avait pas été passée selon les formes requises pour les libéralités. Un tel problème est le type de ceux qui revêtent une valeur créatrice de Droit. Il appartenait aux juges, et non pas à la loi, de décider sous quelles formes les dots, à l'avenir, devaient être constituées. C'est en réglant un cas concret du passé que les juges exercent leur emprise sur l'avenir, car les praticiens se conforment aux indications du prétoire dont la valeur impérative leur apparaît munie d'une sanction moins problématique que celle de la loi.

Voir dans la constitution de dot l'objet d'une obligation naturelle, c'est considérer que les parents ont le devoir d'assurer l'aisance et l'indépendance à leurs enfants qui se

mariant. Dans quelle mesure cette aisance doit-elle être proportionnées avec celle dont jouissent les parents eux-mêmes? C'est là un impondérable que la loi ne pourra jamais déterminer une fois pour toutes, et sur lequel un sévère contrôle des tribunaux apparaît assez contestable.

M. Savatier, qui a annoté cet arrêt de Poitiers, estime qu'on ne saurait soustraire sans un texte formel à cet effet la constitution de dot des formes de la libéralité, dès lors qu'elle est assujettie aux règles du rapport et de la réduction qui sont propres au Droit de la donation... ou du moins, cette exigence ne concerne-t-elle que les capitaux dont sont gratifiés les enfants à l'occasion de leur mariage, car leur montant dépend de la générosité et du bon vouloir des parents, tandis qu'une rente viagère apparaît bien plutôt comme l'acquittement d'une obligation d'entretien. Quant à l'arrêt lui-même, il n'introduit pas la distinction suggérée dans la doctrine, suivant qu'il s'agit d'un immeuble dont seraient gratifiés les enfants à titre d'établissement ou d'une rente qui leur serait servie pour subvenir à leur entretien. Les termes généraux de cet arrêt donnent même à penser qu'une telle distinction n'avait pas paru opportune aux yeux des juges. C'est donc bien la constitution de dot en elle-même qui leur paraissait incomber aux parents à titre de devoir moral qu'ils renforçaient des sanctions inhérentes aux obligations naturelles.

Nous avons incidemment parlé à propos de cette controverse d'un antagonisme possible entre les notions de justice et de charité. Nous rencontrons une trace très explicite dans une cause canadienne, l'affaire *Giguere v. Roy*¹ à propos de laquelle le Juge Chase-Casgrain, statuant en Cour supérieure à Montréal a exprimé au justiciable libéré par le *summum jus*, le conseil de réparer la *summa injuria* dont il devenait le bénéficiaire. Voici en quels termes : « C'est à regret que la Cour, malgré toute la sym-

1. Cour supérieure de Montréal, 24 septembre 1935.

» pathie qu'elle a pour le demandeur, se considère obligée
» de renvoyer son action avec frais; mais elle espère que le
» défendeur donnera un exemple de charité en n'exigeant
» pas le paiement de ces frais par le demandeur qui est
» pauvre, infirme, comme résultat d'accidents qu'il a déjà
» subis, et obligé de supporter une nombreuse famille. »

Le juge français ne se sent pas moins chargé d'une mission civilisatrice, et il ne perd pas l'occasion d'exercer un rôle moralisateur, même lorsque la loi ne lui permet pas d'appliquer une sanction civile à celui dont il flétrit l'attitude¹. Il arrive que le juge fasse appel à des notions de scrupule et de délicatesse lorsqu'il indique incidemment quelle serait la conduite, qu'à son sens, devrait tenir le justiciable auquel, cependant, il ne peut adresser d'injonction munie d'efficacité. Le seul effet sera un effet d'influence. Il est d'ordre sentimental et paraît rien moins que juridique. Néanmoins il imprime à la conscience collective une certaine rectitude qui ne peut manquer, à la longue, de passer du fait au Droit. Certaines applications de la théorie de l'enrichissement sans cause n'ont pas eu d'autre origine. N'est-il donc pas permis de dire que les conseils du juge soient de nature à faire avancer le Droit par l'orientation qu'ils donnent à certaines notions où se compénètrent la morale et le Droit ?

Ce sont là des indications qui contribuent à affiner la conscience commune, et, bien qu'elles soient dépourvues d'effet obligatoire, elles n'en constituent pas moins un germe qui peut, dans la conscience du justiciable, prendre une forme assez accusée pour qu'il se croit, par la suite, moralement tenu d'accomplir cette obligation. Dès lors qu'il aura manifesté sa volonté en un tel sens, il ne pourra plus revenir en arrière, et réclamer en justice la restitution de débours auxquels la loi ne l'astreignait nullement.

C'est par ce processus qu'un devoir moral peut être érigé

1. Cf. D. 1910.2.53 et S. 1892.2.14.

en obligation naturelle, grâce à l'impulsion du juge qui s'est manifestée à deux reprises. Mais précisons que la première impulsion qui consiste, de la part du juge, à encourager le justiciable à modifier sa conduite ne saurait constituer à elle seule la notion d'obligation naturelle. Tant qu'elle reste à ce stade, la simple indication d'un devoir de conscience n'emporte aucune efficacité réelle.

Il faut, en outre, une manifestation de volonté de la part du justiciable, pour que le juge puisse créer une obligation naturelle en faisant « monter un devoir moral à la vie civile¹ ».

1. Cf. Ripert, *La règle morale*, p. 398 : « L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile ».

CHAPITRE III

DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

La faculté de généralisation constitue l'une des caractéristiques de l'esprit latin. Il est aisé d'en découvrir des manifestations dans l'élaboration de certaines théories auxquelles les jurisprudences de France et de Québec ont donné l'impulsion première, puis assuré le développement.

C'est de la sorte qu'a été édifiée la théorie de l'enrichissement sans cause, grâce à l'induction que les tribunaux ont tirée de textes sporadiques et à portée restreinte¹. Cette induction, les juges ont considéré qu'elle leur était permise par le rôle qu'ils assument de faire régner l'équité.

Il leur a paru juste d'amenuiser dans certains cas la portée de l'article 1165 qui dispose que les conventions ne doivent produire d'effet qu'entre les parties et, ainsi, ont-ils fait revivre l'action *de in rem verso* pour le bénéfice de certains tiers dont l'intérêt leur a paru injustement lésé.

Sans que le Code le leur indique expressément, ils ont admis qu'un fournisseur d'engrais pût exercer un recours contre le fermier qui profitait de ses fournitures, à défaut de son contractant. C'est de la sorte qu'en 1892 a été posée la première pierre d'un édifice qui allait bientôt prendre une ampleur considérable.

Désormais, l'action *de in rem verso* allait vivre d'une existence autonome qui ne devait plus être confondue avec

1. Visant l'accession, les impenses, les récompenses, le paiement de l'indû..., etc..

celle de la gestion d'affaires. La Chambre des requêtes venait de proclamer : « Attendu que l'action *de in rem verso* dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit¹. »

Ainsi la jurisprudence française s'affranchissait de l'exégèse pour faire un large appel à l'équité. Si large même, qu'on a pu craindre à cette époque que s'accroûtât, outre mesure, son pouvoir prétorien. Cette crainte est demeurée sans fondement, car la Chambre des requêtes, jusqu'en 1914, a rejeté la plupart des actions d'enrichissement sans cause qui lui ont été présentées².

Enfin, le 12 mai 1914 et le 2 mars 1915³ la Cour de cassation rendait compte de son attitude en affectant, dans deux décisions de principe, l'action *de in rem verso* d'un caractère subsidiaire. Dès lors, il fallait, pour invoquer l'enrichissement sans cause, ne disposer d'aucune action contractuelle ni délictuelle. L'équité ne devait pas supplanter le Droit écrit, mais seulement remédier à son insuffisance.

Si cette insuffisance ne s'est révélée qu'à une époque relativement récente, c'est parce que, de nos jours, l'interdépendance des hommes s'est fortement accentuée, et qu'elle a multiplié les déséquilibres injustifiés entre les patrimoines. Evidemment, il ne pouvait être question de rétablir chacun d'entre eux dans son intégrité première, et la jurisprudence a dû fixer, par étapes successives, les conditions auxquelles elle soumettait la recevabilité de l'action.

1. Cass. req., 15 juin 1892 (S. 1893.1.281).

2. Cf. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile » (*Revue trimestrielle*, 1922, p. 444).

3. S. 1918.1.41 et D. 1920.1.102.

Ainsi ont été précisées les notions d'enrichissement¹ et d'appauvrissement², et posée comme essentielle la relation de causalité qui doit unir l'un à l'autre³. Enfin, c'est la lecture des arrêts qui nous renseigne sur ce qu'il convient d'entendre par « absence de cause », caractérisant l'enrichissement. Examinons, à ce propos, le cas tranché par la Cour de Paris le 17 juin 1899⁴ : Un mari était poursuivi pour une dette d'entretien contractée par sa femme. L'action *de in rem verso* a été déclarée recevable dès lors que le mari était désormais dispensé de subvenir à une dépense qui lui incombait. C'est parce que son passif ne s'était pas augmenté que son actif semblait accru. Et l'enrichissement s'était bien opéré sans aucune compensation puisque le mari n'avait eu à subir aucune charge en échange. Par « cause », la Cour de Paris entendait donc la contrepartie de l'enrichissement. Il en est de même si l'on examine la situation du côté de l'appauvri. Celui-ci ne disposera de l'action *de in rem verso* que si aucun avantage personnel ne vient compenser son appauvrissement.

Dans la Province de Québec, cette notion de cause est comprise différemment : En 1932, la Cour supérieure a débouté un demandeur dans son action *de in rem verso* parce que l'enrichissement du défendeur avait pour juste cause un contrat passé entre les parties⁵.

Avant d'esquisser l'historique de la question telle qu'elle se présente au Canada, nous tenons à signaler encore une différence tenant aux conditions d'exercice de l'action : Les tribunaux de Québec n'admettent pas de rétablir un équilibre qui a été rompu contre le gré de l'enrichi. Ainsi, le généalogiste⁷ qui a eu gain de cause devant la Cour

1. Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.105.

2. Req., 20 décembre 1910, D. 1911.1.377.

3. Cass. civ., 14 novembre 1912, D. 1913.1.433.

4. D. 1900.2.105.

5. Cause Marquis vs. Rousseau, 70 C. S., 529.

de Poitiers, le 2 décembre 1907¹, aurait été probablement débouté de son action s'il l'avait présentée par devant une Cour canadienne. Celle-ci n'aurait jamais voulu obliger malgré eux les héritiers qui avaient refusé les services du généalogiste. Il faut que le défendeur à l'action ait tacitement consenti à se laisser enrichir².

Le juge canadien reste, à coup sûr, plus respectueux que celui de France de l'autonomie de la volonté. La conception sociale du Droit, dont parle M. Demogue³, n'a pas encore pénétré dans leurs vues au point de faire fléchir la liberté contractuelle.

Il ne faudrait pas croire, cependant, que dans la Province de Québec, l'appauvri ait très rarement droit à se faire indemniser par celui qu'il a enrichi sans cause. Les juristes de Québec sont d'avis, au contraire, qu'est sous-entendue dans leur Code civil la formule : « Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. »

C'est là un legs du Droit romain dont ils ne veulent pas méconnaître la portée. Seulement, ils tiennent à ne pas l'élargir démesurément, et c'est dans la généralisation du principe qu'ils s'écartent de la jurisprudence française. Pendant plus de quarante ans, ils se sont conformés aux directives d'un jugement (rendu en 1878) déclarant non recevable l'action *de in rem verso* intentée par les créanciers d'un mari insolvable contre la femme de celui-ci⁴.

Dans cette espèce, le Juge Dorion remarquait que seul le mari aurait pu être attaqué en justice, car : « c'est à lui que le crédit fut donné ». « En conséquence, la femme séparée quant aux biens n'est pas tenue, quoique les marchandises aient nécessairement été consommées par la famille. »

En France, au contraire, on a vu un frère condamné à

1. S. 1909.2.41.

2. Cause Marquis vs. Rousseau, 1932, Montréal, 70, C. S., p. 529.

3. *Revue trimestrielle*, 1922, p. 886.

4. Cause Hudon vs. Marceau, 23, L. C. J. 45.

payer une commande de sa sœur, sous le seul prétexte qu'ils avaient un budget commun¹. L'effet relatif du contrat n'a pas été considéré, ici, comme un obstacle à l'action. Il ne l'a pas été non plus dans un arrêt qu'a rendu la Chambre des requêtes, le 31 octobre 1934, et qui condamne des époux séparés de biens à payer solidairement une fourniture de vêtements faite au mari².

Quelles sont alors les circonstances dans lesquelles la jurisprudence québécoise se montre favorable à l'exercice de l'action de *in rem verso*?... Voici, par exemple, un médecin qui, de sa propre initiative, a soigné les victimes d'un accident de chemin de fer. Il fait valoir que la Compagnie a retiré un bénéfice du fait que l'aggravation des blessures avait pu être enrayée, et que, par là même, les indemnités qu'elle aurait dû verser se sont trouvées réduites.

L'espèce se présentait en 1896 devant la Cour de révision. Celle-ci a fait droit au médecin et condamné la Compagnie³ à rémunérer les services qu'il avait rendus spontanément.

Cette cause *Paquin v. Grand Trunk* a été invoquée comme un précédent primordial lorsqu'en 1929 a été débattue l'une des décisions qui ont fait le plus de bruit dans la jurisprudence québécoise. C'est la cause *Regent Taxi v. Congrégation des Frères Maristes*⁴.

L'Honorable Juge Mignault, qui siégeait à la Cour suprême, appuyait son argumentation sur la cause *Paquin* pour délimiter les domaines de l'enrichissement sans cause et de la responsabilité délictuelle : Il s'agissait d'un Frère Mariste qui avait été renversé par un taxi. Il aurait pu invoquer à l'encontre de la Compagnie des voitures l'article 1053 qui correspond à notre article 1382, mais il avait laissé prescrire l'action qui n'est ouverte que pendant un an pour les blessures corporelles⁵.

1. S. 1902.1.229.

2. *Gaz. Pal.*, 1935.1.75.

3. Cause *Paquin vs. Grand Trunk Railway Co*, 9, C. S., p. 336.

4. 1929, *Supreme Court Reports*, p. 690.

5. Article 2262 du Code civil de la Province de Québec.

Dans l'année qui suivit la prescription de l'action du Frère, la congrégation dont il dépendait se porta demanderesse dans un procès qu'elle intenta à la Compagnie de taxis. Elle y réclamait, d'une part, le montant des frais qu'elle avait assumés pour soigner le blessé, et, d'autre part, une indemnité pour avoir été privée des services que rendait le Frère dans une Ecole.

La Congrégation prétendait jouir d'un droit d'action distinct de celui de la victime; cette action distincte s'accompagnant d'une prescription de deux ans conformément à l'article 2261 qui vise les délits et quasi-délits. C'est dans de telles circonstances que l'Honorable Juge Mignault a été appelé à faire allusion à l'enrichissement sans cause, car, seule, l'action de *in rem verso* eut permis, en l'occurrence, de réparer un préjudice indirect. En effet, non seulement il était trop tard pour invoquer l'article 1053, mais encore sa teneur n'eût permis d'indemniser que la victime directe, celle qui a subi en personne les blessures corporelles¹. Seul, parmi les cinq membres de la Cour suprême, le Juge Mignault a fait remarquer que ces circonstances rentraient dans le cadre de l'enrichissement sans cause, n'eût été la prescription d'un an qui s'opposait à l'ouverture de l'action. Les autres juges se sont placés uniquement sur le terrain délictuel des articles 1053 et 1056.

La demanderesse a interjeté appel par devant le Conseil privé qui a déclaré que l'action de la Congrégation était sujette à la même prescription que celle de la victime, car il serait étrange que le droit d'un tiers pût s'exercer plus longtemps que celui de la victime elle-même. L'avis du Conseil privé ne renferme aucune allusion à la théorie de l'enrichissement sans cause. Il n'a pas eu, depuis lors, l'occasion de se prononcer sur ce terrain. Par conséquent, dans la Province de Québec, le dernier mot n'est pas dit en matière d'enrichissement sans cause par les magistrats qui

1. V. *infra*, p. 186.

siègent au faite de la hiérarchie judiciaire. Et c'est parmi les jugements émanant de la Cour supérieure que l'on peut découvrir l'attitude actuelle du juge québécois à propos de l'action de *in rem verso*. Ainsi, dans la cause *Gelinas v. Quessy*¹ qui date de 1933, le juge a motivé sa sentence par une surabondance d'arguments permettant de faire le point en cette matière. D'une part, il rejetait l'action de *in rem verso* parce qu'il pouvait déceler une intention de libéralité dans l'acte de l'appauvri. Il lui était, dès lors, interdit de réclamer la compensation de l'enrichissement qu'il avait procuré à titre gratuit.

C'était signaler, entre les lignes, que l'enrichissement était assorti d'une cause. Cette position est sensiblement celle qu'adopte, en des circonstances analogues, la jurisprudence française.

Le motif qui suit se rapporte à une question de fait : L'enrichissement du défendeur n'aurait pas été établi d'une façon péremptoire.

Un autre argument paraît être un écho de la jurisprudence restrictive que, depuis vingt ans, consacre la Cour de cassation. Il tire toute sa force du caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso*. Celle-ci n'aurait pu être intentée en l'occurrence qu'à défaut de l'action contractuelle. Or, cette action n'aurait été déclarée impossible qu'après constatation que la débitrice du demandeur était insolvable, et cette preuve n'avait pas été apportée à la barre.

Voici maintenant l'argument principal qui a déterminé le juge à rejeter l'action : « Le bénéficiaire avait refusé de » donner son assentiment à la construction des travaux qui » ont enrichi son fond. »

Cet argument correspond à une conception individualiste du Droit qui demeure très vivante dans la Province de Québec : On ne devient pas débiteur à son insu, et, *a fortiori*, contre son gré.

1. R. J. Q., 71, C. S., p. 136.

Nous rencontrerons d'autres manifestations de cette tendance au cours de chapitres ultérieurs. Mais, avant de clore l'étude de l'enrichissement sans cause, nous tenions à signaler que cet argument constitue, dans la Province de Québec, l'un des plus efficients parmi les obstacles qui s'opposent à un essor comparable à celui qu'a connu l'action *de in rem verso* dans la jurisprudence française.

CHAPITRE IV

LES CONDITIONS ILLICITES

Un acte assujéti à une condition dont les tribunaux proclament la nullité est-il affecté dans sa totalité par cette nullité, ou subsiste-t-il en dépit de l'annulation de la condition ?

Les textes légaux de France et de Québec ont réglé cette question en y introduisant des distinctions suivant le titre gracieux¹ ou onéreux² qui caractérise l'acte et suivant aussi qu'il est accompli à cause de vif ou à cause de mort³.

La jurisprudence française s'est efforcée d'atténuer ces distinctions. Elle a ainsi donné naissance à un Droit nouveau. Pourquoi, dans quelle mesure, et grâce à quels procédés ? Tel sera le triple objectif de notre étude comparative au cours de ce chapitre.

En cette matière, le Code de Québec fait revivre le Droit de l'ancienne France, tel que la plupart des pays coutumiers l'avaient emprunté à ceux de Droit écrit qui avaient perpétué la tradition du Droit romain.

1. L'article 900 du Code civil français répute non écrite la condition illicite, impossible ou immorale incluse dans une donation ou un testament.

2. L'article 1172 du même Code dispose : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. »

3. Dans le Code de la Province de Québec, l'article 760 est ainsi conçu : « Les donations entre vifs ou testamentaires peuvent être conditionnelles. La condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats. Dans un *testament*, une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition. »

Notre Code civil, par contre, s'en éloigne, par l'article 900 qui s'inspire de la loi du 5 septembre 1791, cette loi du Droit intermédiaire qui exprimait formellement le dessein de méconnaître et même de briser la volonté du testateur désireux de faire revivre quelque usage appartenant à l'Ancien Régime, non seulement par son origine, mais encore par son esprit. Il ne fallait pas que, grâce à des conventions privées, l'individu pût tenir en échec les dispositions nouvelles du régime successoral. Aussi l'article 900 a-t-il conféré au donataire un avantage exorbitant qui ne se justifiait guère par des raisons d'équité, mais qui s'expliquait par un motif politique. N'étant qu'une loi de circonstance, cette disposition ne devait pas longtemps survivre à la réaction qui l'avait fait naître.

Mais comme elle n'a jamais été abrogée par la voie législative, c'est le prétoire qui s'est chargé d'en amenuiser la portée. Et ainsi la création jurisprudentielle parvenait-elle une fois de plus à renouveler le Droit.

Un tel résultat n'a été acquis que par étapes successives. C'est surtout après la seconde moitié du xix^e siècle que la jurisprudence a manifesté une certaine indépendance à l'égard du texte de l'article 900.

Le 12 novembre 1856, la Cour de Paris annulait une disposition libérale dans sa totalité, en raison du vice qui entachait sa condition¹, exactement comme s'il s'agissait d'un acte à titre onéreux. Sa sentence se motivait par le désir de respecter dans la plus grande mesure possible la volonté de la testatrice, qui, dans son esprit, tenait pour inséparables la libéralité et la charge dont elle l'avait accompagnée. Cet arrêt ne faisait pas ressortir l'analogie qu'on peut découvrir entre la libéralité avec charge et la disposition onéreuse. Une telle analyse juridique a été proposée par la Cour de Caen, le 8 mars 1866, qui voyait dans la libéralité avec charge un « contrat mixte, partici-

1. S. 1859.2.307.

pant du contrat à titre gratuit et du contrat commutatif », soumis à l'article 1172¹. La Chambre des requêtes a admis cette façon d'envisager la question².

Mais l'arrêt primordial, en la matière, est celui du 3 juin 1863 parce qu'il donne la clef de la construction juridique dont le prétoire s'est, depuis lors, servi pour écarter la disposition infiniment arbitraire et peu rationnelle de l'article 900. La concision des termes employés par la Chambre des requêtes³ évoque celle d'un texte de loi :
» La nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la
» nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est
» reconnu comme dans le litige actuel, que la condition a
» été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. »
Cet attendu ratifiait l'arrêt de la Cour de Toulouse qui avait prononcé la nullité d'une donation dont la condition essentielle était un partage entaché de nullité. La stricte application de l'article 900 eût requis qu'on rayât purement et simplement la condition et qu'on laissât subsister la donation. Mais la Cour a restreint le domaine de cet article aux clauses qui, à ses yeux, ne revêtent guère plus d'importance qu'une modalité accessoire. Et elle dirige ses investigations vers une analyse psychologique de la volonté du disposant, afin de déterminer si la condition insérée dans l'acte ne s'identifie pas avec la cause qui a prédominé dans l'esprit du disposant.

S'il lui apparaît que la charge peut être ainsi mise en balance avec la libéralité elle-même, la jurisprudence estime qu'elle communique sa nature illicite à l'acte dans son intégralité. Il fallait, pour cela, substituer une théorie plus nuancée à celle qui se bornait à déceler d'une façon a-prioriste la cause de toutes les donations dans l'intention libérale du disposant. La recherche des mobiles dans les actes juridiques a été pour la jurisprudence l'occasion

1. D. 1869.1.528.

2. 12 novembre 1867.

3. Cass. req., 3 juin 1863 (D. 1863.1.429).

d'édifier une construction qui donnait à la notion de cause un développement nouveau et très près des réalités.

L'élaboration de ce système n'a pu s'opérer d'une seule envolée. Elle s'est heurtée à la réticence de juges qui n'ont pas osé distinguer lorsque le législateur ne leur en donnait pas l'indication expresse. Ainsi, l'avocat général Ronjat qui était rapporteur à la Chambre civile le 27 juillet 1883 a-t-il exprimé sa crainte de voir la jurisprudence dépasser son rôle d'interprète de la loi, dès lors qu'elle s'inquiéterait de faire respecter la volonté vraie du disposant, en dépit d'une disposition législative aussi claire, formelle et précise que l'article 900. « Le juge, dit-il, doit appliquer le » texte de la loi, lors même qu'il le trouve déraisonnable et » contraire aux principes¹ ». Or, à son sens, il « crée » la loi, lui-même, s'il annule en son entier la donation qui est assortie d'une condition illicite.

C'est donc l'aveu d'un conseiller à la Cour de cassation qui nous permet d'affirmer que, pour minimiser la portée de l'article 900, la jurisprudence a fait œuvre de création juridique. La théorie de la « cause impulsive et déterminante » a pris, au début du xx^e siècle, un tel essor que les arrêts n'ont bientôt plus cherché à l'ébranler. Bien plus, ils se sont souciés d'en préciser les contours. Ainsi la jurisprudence a-t-elle défini sur quels éléments elle entendait appuyer son analyse lorsqu'elle recherche si la condition peut se confondre avec la cause impulsive et déterminante de l'acte. Dans son désir de respecter le plus largement possible la volonté du donateur, la jurisprudence ne limite pas ses investigations aux termes exprès de l'acte. Ainsi la Chambre civile, dans son arrêt du 2 janvier 1907, a-t-elle déclaré que : « Pour rechercher si un contrat a une cause » illicite, les tribunaux peuvent, en principe, recourir en » dehors des énonciations du contrat lui-même à tous les » modes de preuve autorisés par la loi, qu'à cet égard,

1. S. 1884.1.305.

» il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux¹. »

Cette phrase nous apparaît comme un indice du statut presque uniformisé dont la jurisprudence a doté les obligations conditionnelles en dépit des distinctions prévues par les articles 900 et 1172. Le critérium retenu pour annuler l'acte entier lorsqu'il est assorti d'une condition illicite n'est plus tant le caractère onéreux de l'acte que l'assimilation de la condition à la cause elle-même. Désormais, ce qui compte aux yeux des juges, c'est le poids donné par les contractants à la condition de l'acte. Dès lors, la sanction de l'article 1172 n'entre en jeu que lorsque la condition peut être assimilée à la cause de l'acte. Que si, au contraire, elle n'apparaît pas avoir pesé dans l'esprit des contractants avec plus de force qu'une modalité accessoire, le juge l'effacera de l'acte, même s'il est à titre onéreux, et sans porter aucune atteinte aux autres dispositions insérées dans l'acte. Il en sera ainsi même lorsque les contractants auront déclaré qu'ils entendaient faire jouer un rôle primordial à l'accomplissement de la condition. Le juge scrutera la volonté réelle par delà la formule employée. C'est de la sorte que la théorie de la cause aura permis à la jurisprudence de faire coïncider dans leur réalisation pratique des notions juridiques que le Code avait séparées par des cloisons étanches.

Pour concrétiser cette idée, nous dirons un mot de la jurisprudence concernant les clauses qui tendent à parer à la dépréciation monétaire; c'est à propos d'elles, en effet, que l'article 1172 a été le plus catégoriquement écarté. Voici un attendu qui montre clairement le processus juridique qui a permis d'atteindre ce résultat. Il est tiré d'un jugement du tribunal de Nice, en date du 18 mai 1926.

« Attendu, qu'en vertu de l'article 1172, un contrat

1. Ch. civ. 2 janvier 1907, S. 1911.1.388.

» affecté d'une clause ou condition impossible, immorale,
» illicite, ou contraire à l'ordre public, est nul; mais atten-
» du que la nullité du contrat ne résultera de la nullité de la
» condition que tout autant que les parties ont entendu
» faire dépendre l'existence de l'obligation de la condition
» elle-même; que la convention sera nulle si les parties ont
» considéré l'exécution de la clause viciée de la nullité
» comme une chose principale à laquelle est liée l'existence
» même du contrat et par laquelle il se trouve conditionné;
» mais qu'il en sera autrement lorsque la clause illicite
» n'est qu'une chose accessoire, une modalité du paiement
» auxquelles les parties n'ont attaché au moment de la
» signature de la convention qu'une importance relative et
» sans vouloir en faire dépendre l'existence du contrat lui-
» même¹. »

Décréter que la clause d'après laquelle le paiement devait se faire suivant le cours du dollar n'entraîne qu'à titre secondaire dans la volonté des parties, et que son annulation ne pouvait affecter le maintien du contrat, c'est, de la part du tribunal, non seulement négliger la disposition pourtant bien précise de l'article 1172, mais encore faire preuve d'un arbitraire incontestable. Ne semble-t-il pas, en effet, que le mode de paiement en une certaine monnaie ait pu apparaître, aux yeux des parties, comme un élément aussi essentiel dans le contrat que la prestation dont il était l'équivalent ?

Comment justifier une telle attitude de la jurisprudence, si ce n'est par des raisons d'opportunité ? A l'époque de grande perturbation financière que traversait la France en 1926, le maintien des contrats par les tribunaux devenait d'une exigence tout aussi impérieuse que l'annulation des clauses-or. L'ordre économique risquait d'être gravement troublé par la résolution simultanée d'une multitude de contrats en cours. Et, d'autre part, il convenait de décou-

1. S. 1927.2.87.

rager les contractants à utiliser des clauses qui déniaient toute valeur à la monnaie nationale. Aussi est-ce bien réellement une politique qu'a suivie la jurisprudence en faisant de l'économie dirigée. De même que, jadis, des motifs tirés de l'ordre public avaient dicté aux codificateurs la rédaction de l'article 900, de même des considérations d'économie politique ont-elles pu inspirer récemment aux juges le maintien des contrats assortis d'une condition illicite, même lorsqu'ils ont été passés à titre onéreux.

Une telle constatation ne peut que nous remémorer comme un postulat juridique le caractère infiniment changeant de l'ordre public à travers les époques.

Il est également changeant à travers les latitudes. Nous allons être à même de le constater en transposant notre étude sur les conditions illicites dans la Province de Québec.

C'est en effet l'angle sous lequel sera envisagé notre parallèle, car les juges canadiens n'ayant pas eu à remédier aux mêmes circonstances que les juges de France, ne se sont pas placés aussi radicalement en marge de la loi. Et le problème qui s'est posé en Québec, a bien plutôt consisté, pour la jurisprudence, à déterminer sur quel ordre public elle devait baser son interprétation pour déceler les clauses illicites dans les conventions.

Quant à la notion de cause, il semble qu'elle a pu peser dans l'esprit des codificateurs eux-mêmes, car la différence qu'ils ont ménagée entre les effets des conditions illicites a pour unique critérium la question de savoir si la disposition a été passée entre vifs ou à cause de mort. A leur sens, la volonté essentielle du testateur n'est autre que la transmission de ses biens. Il n'a pu attacher qu'une importance secondaire à l'insertion de telle ou telle condition. C'est donc par une sorte de présomption légale qu'un rôle accessoire a été attribué une fois pour toutes à la condition illicite dans les testaments afin que la succession aux biens s'opère sans entraves dans la plus large mesure possible. Ici, en effet, apparaît un principe qui est importé direc-

tement d'Angleterre et dont la transplantation au Canada date de l'Acte de Québec (1774). Il s'agit de la liberté illimitée de tester, qui n'a pu être introduite dans le Droit testamentaire sans se répercuter sur les principes qui le régissent par ailleurs. Et c'est même en invoquant cette infiltration anglaise que la Cour suprême a pu, en 1902, prétendre que les juges de Québec devaient se référer à l'ordre public anglais dès lors qu'ils avaient à statuer en matière testamentaire. Conformément à cet ordre public anglais, et non canadien, la Cour suprême a validé une clause par laquelle un legs était assujéti à la condition que seuls les petits-enfants élevés dans la religion catholique pourraient en bénéficier¹. La Common Law confère au testateur le droit absolu d'inclure telle condition qui bon lui semble dans son testament. Mais c'est là une liberté qui se trouve en antagonisme avec la liberté de conscience dont la Province de Québec entend assurer le respect. Et, dans une cause plaidée à la fin du xix^e siècle, l'Honorable Juge Mathieu avait annulé comme illicite une clause analogue parce qu'elle portait atteinte au droit dont jouit l'individu de rester fidèle à sa religion².

En somme, une fois posé le principe de la liberté individuelle, le problème dont ont été saisis les juges canadiens pourrait être schématisé par cette formule : Est-ce la liberté du testateur qui doit prévaloir, comme en Droit anglais ou celle du légataire, comme en Droit français ?

Voici, dans l'ordre chronologique les diverses solutions qui ont été consacrées à cet égard par la jurisprudence canadienne :

— En 1872, à propos de la cause *Mignault v. Malo*, le Conseil privé déclarait, en termes formels que la loi qui avait introduit dans la colonie le Droit anglais concernant les testaments devait être considérée comme ayant importé

1. Cause Renaud vs. Lamothe, 32, R. C. S. 357.

2. Cause Kimpton vs. Canadian Pacific Railway, 16, R. L. 316.

avec elle toutes ses conséquences¹. Il est vrai que cette décision avait à régler un litige soulevé à une époque antérieure au Code. Celui-ci a-t-il éclairé la controverse d'un jour nouveau? L'annotation qui suit l'article 760 permet d'en douter. Elle renvoie à l'article 831 pour guider l'interprète des clauses illicites. Cela donne à croire que la liberté illimitée de tester rayonne sur toute la matière testamentaire.

— Telle semble être, en effet, la pensée du Conseil privé lorsque, dans l'affaire *King v. Tunstal*, en 1874, il a émis un avis que nous résumerons par cette formule : Lorsque le Code de Québec emprunte un principe au Droit anglais, il est raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter. Il s'agissait, dans cette cause, d'un legs qu'auraient réprouvé les bonnes mœurs au regard du Droit français.

— Par contre, dans la cause *Evanturel vs. Evanturel*, qui a été tranchée deux ans plus tard par le Conseil privé², l'autorité de précédents anglais a été nettement rejetée lorsqu'il s'est agi d'examiner la validité d'une clause pénale incluse dans un testament. Une telle question a été considérée comme relevant du Droit du Bas-Canada, et n'ayant nullement à subir l'influence de la Common Law.

— Ces directives émanant du faite de la hiérarchie judiciaire n'ont pu que renforcer l'opinion personnelle du Juge Mathieu lorsqu'en 1888, il a dû statuer dans la cause *Kimpton v. C. P. R.* Elles lui ont, à coup sûr, inspiré les considérants suivants : « Considérant que, par le chap. 175 des » Statuts du Canada de 1851, 14 et 15 Victoria, dont les » dispositions sont résumées et reproduites dans le chap. 74 » des Statuts refondus du Canada, il a été déclaré que l'égalité de toute dénomination religieuse est un principe fondamental de notre politique civile et de la législation colo-

1. Beauchamp, *Jurisprudence of the Privy Council*, p. 852.

2. 20, L. C. J., p. 218.

» niale, et que le libre exercice et la jouissance de la pro-
» fession et du culte religieux sans distinction ni préférence
» sont permis par la constitution et les lois de cette Pro-
» vince, à tout sujet de S. M. en icelle...

« Considérant que la question de savoir si cette condi-
» tion est contraire à l'ordre public ne peut se soulever ici
» comme elle l'a été en France sous l'ancien et le nouveau
» Droit et en Angleterre, vu les dispositions du statut susdit
» qui décident de la question. »

En l'espèce, le sieur Kimpton avait inséré dans une donation¹ d'immeuble une condition résolutoire, devant jouer à l'encontre de ceux de ses descendants qui se convertiraient au catholicisme. Il a été jugé que toute restriction à la liberté de conscience était contraire à l'ordre public. Cela revenait à restreindre la liberté du testateur de soumettre ses légataires à telle condition de son gré. La clause a été annulée, et la donation, par ailleurs, est restée intacte, exactement comme aurait pu l'être, en France, une libéralité ne comportant pas de substitution, avant la jurisprudence de 1863.

— La Cour suprême d'Ottawa en a jugé tout autrement en 1902, dans la cause *Renaud v. Lamothe*². Nous reproduisons un extrait des notes du Juge Girouard pour montrer quelles sont les considérations qui l'ont induit à se rallier aux autorités anglaises : « Sera-ce toujours la jurispru-
» dence française qui devra déterminer notre ligne de con-
» duite, même lorsque nous avons adopté le droit anglais
» sur un sujet particulier ? Nous avons décidé récemment,
» dans une cause de *Glengoil Steamship Co v. Pilkington*
» que l'ordre public en matières civiles n'est pas toujours
» tel que compris en France ancienne ou nouvelle. Allons-
» nous décider que la capacité de donner et recevoir par

1. Bien qu'il s'agisse d'une donation, c'est le droit testamentaire qui doit s'appliquer parce que la donation comportait une substitution.

2. 32, Can. S. C. R. 357 et 364.

» testament, qui, incontestablement, est d'ordre public,
» et nous vient du Droit anglais, doit être interprétée par
» la jurisprudence française? Non, je ne puis accepter
» cette proposition, d'autant plus qu'il est de l'intérêt de la
» Province de Québec, et de toute la Puissance que, sur un
» sujet comme celui que nous considérons, il y ait unifor-
» mité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui
» d'un legs comme celui fait aux héritiers Renaud qui serait
» valide dans toutes les provinces à l'exception de Qué-
» bec, et ce, pour des raisons d'ordre ou d'intérêt public.
» C'est ce que nous verrions, cependant, si le testateur eût
» laissé des immeubles situés dans Ontario, par exemple.
» Il ne peut en être ainsi, à moins que la loi ne le dise clai-
» rement. »

Il n'est pas indifférent de noter, à ce propos, que le professeur Walton, qui a été doyen à la Faculté de Droit de l'Université McGill, partageait pleinement cette opinion du Juge Girouard. Il a écrit qu'en matière d'ordre public, la jurisprudence de Québec devrait se conformer aux conceptions qui prévalent en Angleterre et aux Etats-Unis, car, dit-il, ce sont les deux pays avec lesquels les provinces canadiennes ont les relations commerciales les plus étroites.

— Quelle que soit la portée pratique de ces considérations, elles n'ont pas paru, à tous les jurisconsultes canadiens, douées d'une valeur juridique aussi indéniable. Nous n'en voulons pour preuve que la cause *Ouimet v. Laberge*¹ dans laquelle, le Juge Bruneau a délibérément rejeté l'autorité de la cause *Renaud v. Lamothe* en ces termes : « C'est une grave erreur de croire que l'introduction de la liberté absolue de tester a eu pour conséquence de nous donner entièrement le Droit anglais sur cette matière des testaments. » Il fait ensuite allusion à l'esprit du Code

1. 43, Cour Supérieure, p. 225. En 1912.

civil de la Province de Québec, qui ne peut se concilier avec l'ordre public anglais sur tous les points du Droit testamentaire. Parmi les courants d'idées qui circulent actuellement dans la doctrine canadienne, nous pourrions citer l'opinion de M. Billette¹ qui corrobore celle qu'a émise le Juge Bruneau dans la cause *Ouimet v. Laberge*. A son sens, l'esprit logique souffre bien moins de l'absence d'uniformité de province à province que d'une discordance dans l'homogénéité des principes d'ordre public selon qu'ils sont invoqués à propos d'une donation ou d'un testament.

1. M. Billette, avocat au Barreau de Montréal, est l'auteur d'un ouvrage sur les Donations et Testaments, qui a paru en 1933. Cf. p. 69 : « La notion d'ordre public quant à cet aspect, doit être considérée sous un nouveau jour, d'après des principes propres à notre facture sociale ».

CHAPITRE V

LA FAUTE COMMUNE

La théorie de la « *faute commune* » constitue, en France, l'une des plus typiques et des plus achevées parmi les constructions jurisprudentielles. Elle apporte, sans le secours d'aucune loi précise, une solution exactement opposée à la théorie de la Contributory Negligence qui fait partie intégrante de la Common Law britannique.

L'alternative se posait au juge de Québec d'opter pour l'une des deux attitudes. Or, il a témoigné successivement ses préférences à l'une et à l'autre.

Il y aura lieu, dans une première subdivision, d'examiner dans quelles circonstances s'est opérée la volte-face de la jurisprudence québécoise, afin de déterminer la raison profonde qui en donne la clef. Nous rechercherons, en second lieu, quelle est la base de répartition des responsabilités. Cette étude nous donnera l'occasion de signaler une différence lorsqu'une faute présumée se trouve en concours avec une faute prouvée; mais, dans tout autre cas, nous rencontrerons une incontestable similitude entre les jurisprudences, en ce qui concerne l'adoption du critère de la gravité des fautes et du procédé utilisé pour effectuer le calcul des dommages-intérêts.

Le chapitre se terminera par un bref aperçu du rayonnement de cette construction jurisprudentielle sur le Droit des autres provinces canadiennes.

Les Codes civils de France et de Québec ne résolvent pas en termes exprès le problème que pose la répartition des responsabilités lorsque le fait de la victime se trouve parmi les causes du dommage. C'est donc aux jurisprudences qu'il appartient de donner une solution à ce problème.

Celle de Québec s'est d'abord ralliée à la position adoptée dans les provinces canadiennes qui appliquent la Common Law, position définie par la théorie de la Contributory Negligence¹, dont nous allons sommairement exposer les données principales : Cette théorie consiste à rechercher dans l'enchaînement des faits si la négligence de la victime complète la faute de l'auteur de l'accident, de telle sorte qu'elle intervient comme cause immédiate du dommage. Que si les circonstances se présentent sous cette forme à l'analyse du juge, le fait imputable à la victime met obstacle à toute action en dommages-intérêts qu'elle voudrait intenter contre l'auteur du préjudice. Au regard des Cours anglaises, c'est la dernière faute commise qui constitue la cause à prendre en considération. Il n'y a pas à tenir compte des faits antérieurs qui ont pu l'affecter d'un caractère préjudiciable.

Cette théorie n'admet donc pas de demi-mesure entre la perte et le gain du procès : La victime a droit à la réparation intégrale du préjudice si sa propre faute n'a pas constitué le dernier chaînon parmi les causes du dommage. Dans le cas inverse, elle ne reçoit pas la moindre indemnité. Mlle Haller, qui fait remarquer la rigidité de cette théorie², en attribue la conception à l'individualisme de la Common Law : « Le juge, dit-elle, n'a pas à protéger celui qui ne sait » pas sauvegarder lui-même ses intérêts. »

A coup sûr, cette formule est inconciliable avec le prin-

1. Nous préférons conserver cette expression sous sa forme anglaise, car la traduction littérale en français : « faute contributoire » ne comporte pas le même sens.

2. Cf. *Faute de la victime et responsabilité civile*, p. 74 (thèse, Paris, 1926).

cipe de Droit français, d'après lequel toute faute doit recevoir sa sanction. Or, ce principe général se trouve consacré par le Droit de la Province de Québec. Si la jurisprudence s'était efforcée d'y greffer la théorie de la Contributory Negligence, au cours du siècle dernier, elle n'a pas tardé à percevoir toute l'anomalie de cette juxtaposition. Voilà pourquoi elle a renoncé à donner au problème la solution tirée de la Common Law.

Quelles sont les influences qui l'ont incitée à se corriger elle-même et à élaborer des constructions juridiques sur un champ différent ? Pour les déceler, nous avons recueilli cette parole du Juge Girouard qui siégeait à la Cour suprême en 1899 lorsqu'a été rendue la décision primordiale en la matière¹ : « Nous avons tout simplement rétabli une » ancienne règle de droit qui, pendant quelques années, » avait été ignorée par des juges trop imbus des principes » de la loi commune anglaise qui ne donne aucune action » dans le cas de négligence commune ou contributoire, » principe tout à fait différent de l'Ancien Droit français » et du Droit romain. »

S'il faut en croire le Juge Girouard, la Cour suprême en partageant les responsabilités entre l'auteur et la victime en faute, dans la cause *Price v. Roy*, aurait fait revivre une ancienne règle consacrée par les parlements français de l'Ancien Régime.

Une telle origine a été mise en doute par M. Alastair M. Watt dans un article récent². Il n'a rencontré aucune trace de la division des dommages-intérêts ni dans le Droit romain³, ni dans les Traités de Domat, de Bourjon⁴ ou de Pothier. Cette règle aurait été érigée, au début du XIX^e siè-

1. Cause *Price vs. Roy*, 29, S. C. R., p. 497.

2. Article rédigé en anglais, et qui a paru dans la *Revue du Droit de la Province de Québec*, en mai 1936.

3. En effet, la règle de Pomponius rappelle bien plutôt la Contributory Negligence : La faute de la victime l'empêche d'exercer aucun recours.

4. Cf. Bourjon, liv. VI, t. III, ch. VII : « Aucune action n'est accordée à celui qui se plaint de la morsure d'un chien qu'il avait lui-même agacé ».

cle, par les tribunaux français, qui ont transposé dans le Droit civil un principe, depuis longtemps en vigueur en Droit maritime. C'est donc en s'inspirant de récents arrêts français que certains juges canadiens ont voulu introniser, comme une déduction logique du Droit civil de la responsabilité, le partage des dommages-intérêts entre l'auteur du préjudice et la victime en faute.

Cette innovation dans le Droit de Québec est due aux juridictions de première instance : C'est le Juge Mathieu, siégeant à la Cour supérieure en 1882, qui a appliqué la règle de la division des dommages dans la cause *Saint-Jean v. Compagnie de Navigation de Richelieu*, abandonnant pour la première fois les conséquences de la Contributory Negligence. Il n'appuyait sa décision sur aucune autorité tirée du Droit de Québec. Par contre, il citait en référence, un grand nombre d'arrêts de la jurisprudence française contemporaine¹. Son jugement a, du reste, été réformé par la Cour d'appel qui, sans se prononcer ouvertement sur l'importation de cette nouvelle construction juridique, a affirmé qu'aucune négligence n'était imputable au défendeur. D'autres tentatives de la Cour supérieure ont été également enrayées par la Cour du Banc du Roi qui craignait d'instaurer des principes étrangers au Droit de la Province. Et il est curieux de constater que la Cour suprême d'Ottawa a manifesté à cet égard une moindre réticence : A partir de 1899, elle a approuvé le partage des responsabilités comme faisant partie de la « jurisprudence hautement équitable de la Province de Québec² ». Ce geste a eu pour effet d'éteindre la résistance de la Cour du Banc du Roi qui, dès 1900, a appliqué la nouvelle construction juridique à la cause *Luttrell v. Troltier*³.

Depuis lors, nul doute ne subsiste quant au rejet par la

1. *Revue Légale*, t. II, p. 381.

2. Cause *Price vs. Roy*, *Supreme Court Reports*, t. XXIX, p. 497.

3. *Revue de Jurisprudence*, t. VI, p. 90.

jurisprudence de Québec de la Contributory Negligence. La doctrine de la faute commune fait désormais figure de « settled jurisprudence », suivant l'expression de M. Walton, qui cite cet apport au Droit de Québec comme l'une des plus remarquables créations de la jurisprudence.

Après avoir dégagé l'origine de cette théorie, il convient de rechercher si le développement donné à cette création présente des points d'analogie en France et dans la Province de Québec, car la création jurisprudentielle ne consiste pas seulement dans l'admission d'un principe, mais aussi dans la mise au point de toutes ses modalités. En l'occurrence, il s'agit de déterminer sur quelles bases doit se régler la répartition des responsabilités entre l'auteur du préjudice et la victime en faute. Est-ce le même critérium qui a été adopté en France et dans la Province de Québec ?

La jurisprudence québécoise s'est bien gardée d'emprunter à la théorie allemande concernant la faute commune un critérium basé sur la causalité dans la production du préjudice¹. Elle l'a évité d'autant plus soigneusement qu'un tel critère consistant à rechercher objectivement la cause déterminante du dommage l'aurait reconduite insensiblement vers les conséquences de la doctrine de Contributory Negligence à laquelle elle venait de renoncer. La même logique l'incitait à ne pas attacher un poids excessif au danger inhérent à la chose qui provoque l'accident : Or, c'est là une notion qui n'a pas toujours paru indifférente à la jurisprudence française.

Par conséquent, le rejet, beaucoup plus absolu qu'en France, d'un critère objectif correspond à la conception canadienne d'une théorie de la responsabilité fondée exclusivement sur la faute. Pour effectuer la division des dom-

1. Cf. l'article 254 du Code civil allemand d'après lequel la responsabilité ne va pas plus loin que la causalité.

mages-intérêts, la jurisprudence de Québec adopte donc un critère subjectif qui consiste à déceler parmi les auteurs de la faute commune, celui qui s'est montré « le plus coupable¹. C'est à lui qu'incombera la charge la plus considérable, quant au versement de l'indemnité. Mais il n'aura pas à réparer la totalité du préjudice, car la victime doit également supporter les conséquences de sa propre faute. Voici en quels termes le juge en chef de la Cour du Banc du Roi parvenait à cette conclusion dans la cause *Viau v. Villeneuve*² : « Si, cependant, l'accident n'est pas survenu uniquement par le fait de la victime, mais qu'il est dû aussi à la faute de celui par le fait de qui il est arrivé, les dommages doivent être répartis entre les deux, *dans la proportion de la faute* de chacun d'eux. »

En France, ce critérium, éminemment subjectif, a-t-il été adopté dans les milieux juridiques, sans plus de réticence ?

— A vrai dire, il a soulevé maintes critiques dans la doctrine qui lui adresse le double reproche d'illogisme et d'imprécision.

Certains auteurs le trouvent illogique, parce qu'il paraît ressusciter l'ancienne gradation des fautes que le Code avait délibérément rejetée. D'autres considèrent qu'il fait tache dans l'évolution moderne de la théorie de la responsabilité : En 1930, M. Holleaux écrivait : « Il ne s'agit que » de savoir dans quelle mesure la faute, dont il importe peu » qu'elle soit grave ou légère, a causé le dommage.³ » Plus récemment encore, M. Esmein affirmait : « Le seul critère » admissible est tiré de la plus ou moins grande probabilité » du dommage⁴. »

C'est, en second lieu, le manque de précision que dénon-

1. Cf. R. A. Beullac, « La théorie de la faute commune dans le Droit de la Province de Québec », article paru dans le *Livre-souvenir des Journées de Droit civil français à Montréal* (1934).

2. 21, B. R. 263.

3. Note sous D. 1930.2.33.

4. *Revue trimestrielle*, 1934, p. 329.

cent les juristes dans un critérium basé sur la comparaison des fautes. Ils font ressortir, en effet, combien il est malaisé d'établir l'évaluation respective de fautes qui sont autant de concepts hétérogènes :

Il n'existe pas, pratiquement, de commune mesure entre une commission et une omission, entre une imprudence et un défaut de surveillance.

C'est pour tourner cette difficulté qu'une partie de la doctrine accorde ses suffrages à la théorie de la causalité adéquate. Il ne s'agit pas, dans cette théorie, d'apprécier les fautes, mais de rechercher objectivement dans quelle mesure chacun des deux auteurs du dommage a contribué à le produire. C'est, en quelque sorte, la position adoptée par l'article 254 du Code civil allemand : La victime verra son droit à dommages-intérêts varier dans la mesure où lui incombe la causalité prépondérante du dommage dont elle se plaint.

La jurisprudence française s'est-elle laissé gagner par l'engouement des auteurs qui lui proposaient de départager les responsabilités en s'appuyant sur le critère de causalité ? Mlle Haller affirme qu'elle s'en inspire largement¹. Cependant nous croyons bon de scinder la question en deux divisions, car les arrêts que nous avons compulsés à ce sujet nous ont révélé une diversité de solutions qui nous a paru se rattacher à une distinction à établir suivant la source des responsabilités concurrentes.

Le critère de causalité adéquate a certainement été retenu par la jurisprudence dans des cas où la faute de la victime se trouvait en présence avec la responsabilité incombant au gardien de la chose inanimée qui avait causé le dommage. En effet, l'application rigoureuse du principe de la répartition des dommages-intérêts d'après la gravité des fautes exige que le gardien de la chose soit exonéré

1. Thèse Paris, 1926, p. 142.

dès lors qu'il est parvenu à prouver la faute de la victime. Mais c'est rompre avec ce principe qu'admettre une atténuation partielle de la responsabilité du gardien en présence de la faute de la victime, lorsque, dans l'hypothèse envisagée, il n'a pas été possible de prouver que le gardien avait été coupable de négligence. Le dommage a donc été causé par la jonction d'une faute prouvée et d'un risque créé. Si, en pareille occurrence, le juge applique les règles de la faute commune¹, c'est qu'il fait appel au critère de la causalité adéquate, et non à celui de la gradation des fautes. Telle fut, semble-t-il, l'attitude de la Chambre des requêtes, qui, dans son arrêt du 25 novembre 1924, décidait : « Attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué, d'une part, que l'explosion et le dommage ont eu pour cause le fait de la chute du lustre et de la rupture de la canalisation du gaz, dont les époux Capeau avaient la garde, et que ceux-ci ne faisaient la preuve, ni d'un cas fortuit, ni de la force majeure; d'autre part, que la demoiselle Lombard a commis des imprudences et des négligences qui ont, dans une certaine mesure, occasionné l'accident: ...Attendu qu'en l'état de ces constatations et déclarations, la Cour a décidé à bon droit que les fautes de la victime, qui n'avaient pas fait disparaître entièrement la faute légalement présumée établie par l'article 1384, n° 1, à la charge des gardiens, avaient cependant contribué à diminuer, dans une proportion qu'elle a souverainement appréciée, la responsabilité des époux Capeau². »

1. Ce n'est pas sans hésitations, ni réticence que la jurisprudence a étendu ainsi le domaine de la théorie de la faute commune. Récemment encore, la Cour d'appel de Paris (dans un arrêt du 30 oct. 1933) posait en principe que la présomption de responsabilité, mise à la charge du gardien de l'automobile par l'article 1384, al. 1. est indivisible et n'admet pas de partage de responsabilité.

Mais la Chambre civile a cassé cet arrêt (le 8 févr. 1938, cf. D. H. 1838, p. 195) : « Attendu que les dispositions de l'article 1384, al. 1, ne font pas obstacle à ce que la responsabilité d'un dommage puisse être partagée entre la victime dont la faute a concouru à l'occasionner, et le gardien de la chose qui en demeure présumé responsable pour partie. »

2. S. 1926.1:129.

Si l'espèce s'était présentée dans la Province de Québec, il n'y aurait pas eu lieu d'invoquer un critère objectif tenant compte implicitement des causes du dommage. En effet, la jurisprudence canadienne admet que le gardien de la chose puisse se libérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute¹. S'il y parvient, le juge déboute le demandeur². Et, c'est seulement en cas d'échec de la part du défendeur qu'il s'agira de faire jouer le mécanisme de la faute commune. Puisque l'hypothèse suppose la jonction de deux fautes réciproques, il n'y aura rien d'illogique à retenir leur gravité respective comme critère permettant d'équilibrer les responsabilités.

Sur ce point, par conséquent, il nous a été possible de découvrir une différence entre les jurisprudences de France et de Québec.

Si l'on envisage maintenant une hypothèse exclusive de toute présomption de faute, les deux responsabilités, en jeu dans la production du dommage se trouvant être de même source, peut-on dire encore que la jurisprudence française fasse appel à un critérium objectif pour effectuer la répartition des responsabilités ?

Evidemment les notions de faute et de cause s'épaulent l'une l'autre, dans la discrimination des imputabilités respectives, et le juge du fond n'indique pas toujours quelle est celle qui a particulièrement retenu son attention. Mais il se présente des cas où la faute la plus légère n'entre pas pour la moindre part parmi les causes génératrices de l'accident. La jurisprudence se trouve alors dans l'obligation d'opter dans l'alternative qui se pose à elle de s'appesantir plutôt sur la genèse de l'accident, ou, au contraire,

1. Cf. *infra* le chapitre VII concernant la garde des choses inanimées.

2. R. J. Q. 65 C. S. 302. La Cour supérieure de Québec a exonéré le propriétaire de la machine qui avait causé l'accident, parce que la victime aurait dû réitérer la demande déjà formulée par elle de faire arrêter cette machine près de laquelle elle travaillait.

sur l'analyse psychologique de la conduite des responsables. Ce choix nous paraît particulièrement intéressant à rechercher, parce qu'il indique la mesure dans laquelle la jurisprudence a pu se laisser guider en pareille matière par la théorie du risque créé.

Or, l'examen des arrêts nous a donné la conviction que la jurisprudence française restait attachée au critérium de la gravité des fautes. Lorsqu'il est consacré par les tribunaux ou les Cours d'appel, la Cour de cassation l'admet implicitement¹. Il lui arrive même d'insister dans ses attendus sur le choix qui en a été fait par les juges du fond. Ainsi, dans son arrêt du 24 avril 1934, la Chambre des requêtes a-t-elle formulé expressément cette allusion au critère subjectif : » Appréciant la gravité des fautes, de l'automobiliste et » celles de la victime, qui, toutes ont contribué à occasionner » l'accident, la Cour d'appel les déclare équivalentes²... »

Dans le cadre que nous avons circonscrit, le degré de culpabilité reste donc, en France, comme dans la Province de Québec, la mesure de la responsabilité civile³. Il semble que, dans la mise au point de cette théorie, les deux jurisprudences aient tenu, l'une et l'autre, à instaurer le critérium le plus propice à développer la prudence des justiciables.

La similitude que nous avons constatée dans le choix d'un critère, il ne peut être question de la retrouver dans *l'appréciation des fautes*, espèce par espèce. C'est là une

1. Cf. Req., 12 déc. 1854 (D. 1855.1.53) : « Attendu que c'est là une appréciation de faits qui échappe au contrôle de la Cour de cassation; que, de ces constatations de l'arrêt, s'il y a eu, d'un côté, réticence, il y a eu, de l'autre, imprudence, par conséquent, faute réciproque, et que, quand il y a faute, tant de la part de l'auteur du fait dommageable, que de la part de celui à qui ce fait a causé préjudice, la question de responsabilité est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. »

2. D. H. 1934, p. 314.

3. Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 29 janvier 1929 identifie expressément ces deux notions.

matière qui appartient au domaine de la contingence et qui échappe à tout effort de systématisation permettant d'opposer deux courants jurisprudentiels de façon tranchée et absolue. Voici, en témoignage des divergences multiples que nous avons pu noter, un exemple tiré d'une décision de la Cour du Banc du Roi de Québec, rendue le 22 décembre 1923¹. Il s'agissait d'un incendie qui s'était propagé dans deux propriétés contiguës. Le propriétaire Primus, chez lequel l'incendie avait pris naissance, est actionné en dommages-intérêts par son voisin (Secundus). Or ce dernier qui avait constaté le commencement du sinistre n'avait pas pris la peine de prévenir Primus. Cette omission lui a été reprochée comme une faute aussi grave que le manque de surveillance de Primus, et le dommage a été divisé par moitiés. Il semble qu'en France, la jurisprudence aurait considéré que la faute de Secundus comportait un élément quasi-intentionnel qui ne l'équilibrait pas tout à fait avec la simple négligence de Primus.

Mais cette remarque ne doit pas être généralisée, ni servir d'appui à l'élaboration d'une théorie, elle risquerait, en effet, d'être contredite par d'autres comparaisons d'espèces, car il entre dans l'appréciation de la gravité des fautes des impondérables qui sont autant de reflets de la personnalité des juges. Aussi ne croyons-nous pas utile d'y insister davantage, et préférons-nous aborder sans plus tarder un dernier point de ce chapitre, qui relève plus clairement de la création jurisprudentielle. Il s'agit de rechercher comment s'effectue la répartition des dommages-intérêts, une fois que chacune des fautes a été affectée de son coefficient de gravité.

A cet égard, encore, les deux jurisprudences adoptent une attitude similaire. La victime en faute ne reçoit qu'une indemnité réduite, dans la proportion de sa faute. Celle-ci équivaudra au quart du préjudice, par exemple,

1. R. J. Q. 36, B. R. 572.

si la responsabilité civile de la victime a été fixée aux trois quarts. C'est là une formule dont nous avons trouvé un exemple dans un jugement du tribunal civil de Saint-Dié en date du 25 février 1938.

Elle n'est guère différente de celle que consacrait une Cour canadienne dans la cause *Landry v. Corp. de Saint-Grégoire*¹. « Considérant que la faute du dit fils du demandeur est de beaucoup plus considérable que celle des » défendeurs, et qu'il convient, dans leurs relations respectives de causes possibles du sinistre, d'attribuer une » proportion des trois quarts à la première et d'un quart » à la deuxième. »

Ainsi, l'étude comparative des théories que les jurisprudences de France et de Québec ont greffées sur les principes très généraux de la responsabilité civile nous aura permis, à propos de la faute commune, de constater une remarquable similitude dans les solutions consacrées². Ces solutions ne doivent guère être éloignées de l'idéal d'équité qu'il est humainement possible d'atteindre, car elles ont été sanctionnées récemment dans des pays de Common Law, attachés jusqu'alors à la doctrine de la Contributory Negligence : Depuis 1925, 1926 et 1927, les provinces canadiennes d'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Ecosse et de la Colombie britannique ont adopté des statuts qui incorporent à leurs droits la théorie de la faute commune. Ainsi l'influence de la pensée juridique française a-t-elle pu se propager dans le Droit anglo-saxon, grâce à l'intermédiaire des juristes de Québec.

1. 16 avril 1915, *Revue Légale*, 1936, p. 412.

2. Exception faite des répercussions qu'entraînent en cette matière les positions divergentes des deux jurisprudences à propos de la garde des choses inanimées, ainsi qu'il a été dit plus haut, p. 182.

CHAPITRE VI

L'ABUS DU DROIT

Parmi les résultats de la systématisation d'origine jurisprudentielle, citons la doctrine de l'abus du Droit comme l'une des manifestations les plus typiques de l'évolution en France des idées sociales.

La résistance qu'opposait à l'importation de cette théorie, la jurisprudence québécoise d'hier servira de point de repère pour déceler le chemin parcouru par la jurisprudence française depuis l'élaboration du Code Napoléon. Celui-ci reflétait la conception individualiste des Droits de l'Homme qui avait animé les promoteurs de la révolution. Il la traduisait en armant l'individu de droits absolus.

L'expérience devait bientôt révéler qu'un droit omnipotent ne peut pas toujours s'exercer sans heurter un autre droit également digne de respect. Ainsi la Cour de Metz a-t-elle fait remarquer, dès 1820, que : « Il serait contre » toute justice qu'un propriétaire non grevé de servitude » se trouvât tout à coup asservi dans sa propriété par l'usage qu'il aurait plu à son voisin de faire de la sienne. » Les tribunaux devaient donc assumer la tâche d'équilibrer les droits de chacun en traçant la courbe des inconvénients qu'un voisinage normal obligeait à supporter. La loi, en cette matière, ne peut faire davantage que donner des directives générales. Seuls, les usages et les courants d'idées permettent aux tribunaux d'effectuer ce dosage. On s'explique dès lors, aisément, que ce domaine ait pu être doué

d'un tel dynamisme. Il s'agit bien, en effet, de « courant » d'idées, car la théorie de l'abus du droit n'est autre que l'aspect concret d'une doctrine philosophique qui proclame la limitation par la société du droit individuel à la mesure de l'intérêt général.

Et, comme les solutions des tribunaux s'enchaînent et forment une trame, c'est leur ensemble qui, peu à peu, donne l'image la plus vivante de l'évolution des idées sociales. Notons, toutefois, que le recul du temps ne suffit pas à en faire saisir toute la portée, car la transformation des circonstances économiques transpose la question en une atmosphère qui s'est trop renouvelée pour lui convenir encore.

Voilà en quoi l'étude comparative nous offre une mise au point plus précise. L'époque est la même. Seuls les milieux diffèrent, parce que leur réceptivité à certaines influences s'est montrée plus ou moins sensible.

Voilà pourquoi nous tenterons de rapprocher dans cette étude la doctrine de l'abus du droit telle qu'elle a pris corps en France avec la mesure dans laquelle les cours de Québec protègent le droit de propriété, ou lui imposent certaines restrictions en raison de l'intérêt général. C'est, en effet, le droit de propriété dont l'absolutisme a été ébranlé le premier par les tribunaux.

Nous en avons pu relever des traces dès avant la promulgation du Code civil de Québec (1866) dans une cause *Gravel v. Gervais*¹. Le Juge Taschereau y emploie une formule très comparable à celle dont usaient les tribunaux de France au milieu du xix^e siècle, lorsqu'ils parlaient de la mesure dans laquelle le justiciable avait pu excéder les inconvénients normaux du voisinage. Voici textuellement le passage en question : « Les industriels doivent éviter de » causer du dommage à leurs voisins en prenant toutes les » précautions que la pratique et la science enseignent,

1. M. L. R., 7, S. C. 326.

» quand même cela les entraînerait à des sacrifices pécuniaires...

» ... Que le voisinage de four à chaux doit être considéré
» comme dangereux, insalubre ou incommode, et de nature
» à faire du tort aux propriétaires voisins. »

Est-ce là vraiment une ébauche de la théorie de l'abus du droit, ou une simple question de réglementation administrative?...

Si l'on est tenté d'opter pour la première solution, c'est par référence avec une autre cause ultérieure¹ qui déclare que : « Le fait qu'une compagnie a été autorisée par la
» législature à exploiter une industrie ne la rend pas in-
» demne de l'obligation légale de réparer le préjudice que
» l'exploitation de cette industrie cause aux propriétaires
» voisins. »

Bien qu'il soit en règle avec l'autorité administrative, l'industriel est donc tenu au versement de dommages-intérêts, en raison du préjudice causé par les vibrations de ses machines et la suie que répand la fumée de ses fourneaux.

C'est donc bien sa responsabilité civile qui est mise en cause dès lors que le préjudice dépasse les inconvénients normaux du voisinage. Et le fondement de cette responsabilité, c'est la faute, la négligence de l'industriel. Dans une cause récente², on parle d'« incurie » relevée à la charge d'un industriel qui n'avait pas pris les précautions nécessaires pour empêcher les dégâts causés aux voisins par la fumée grasse de son usine. Rien là, cependant, ne révèle l'intention de nuire, qui est retenue dans la jurisprudence française comme critérium fondamental de l'abus du droit. D'autre part, dans le jugement précité, aucun texte de loi n'a été invoqué. Mais toutes les causes de cette catégorie sont classées sous une rubrique intitulée : « abus du droit » dans les tables de jurisprudence canadiennes.

1. En 1905, la cause *Montreal street railway Co vs. Gareau*, 31. R. C. S., p. 467.

2. 1927, C. S., *Chalifour vs. Mathieu*, 35, R. J. 197.

En France, l'expression : « abus du Droit » n'est généralement pas utilisée pour qualifier un usage anormal du droit, comme celui qui consiste à outrepasser les inconvénients normaux du voisinage. Evidemment le terme « abus » s'y prête également¹.

Mais, dans ce cas, il s'applique plutôt au fait de ne pas tenir compte des limitations que la loi impose aux titulaires d'un droit. La théorie jurisprudentielle s'édifie en un terrain que n'occupent pas des restrictions légales. Elle suppose que l'auteur de l'acte exerçait son droit dans les conditions normales, mais que, seule, l'intention qui l'animait, rendait son acte entaché d'abus du droit. Que si le juge parvient à déceler en lui le désir de nuire à autrui, il mettra obstacle à l'exercice d'un droit qui, par ailleurs, était conforme aux conditions légales. Ce qu'il y a de nouveau, en somme, dans la jurisprudence française, c'est le pouvoir qu'elle s'octroie de scruter les mobiles de l'individu à la lumière des fins sociales du droit conféré.

Ainsi, tout propriétaire peut construire sur son terrain ce que bon lui semble ; pourtant, si ses constructions ne répondent à aucune utilité pour lui-même, mais seulement à son dessein de gêner ses voisins, alors, les tribunaux décideront qu'il a abusé de son droit de propriété. Il en a été ainsi jugé pour une fausse cheminée qui gâtait un paysage² et pour des pointes acérées qui risquaient d'accrocher au passage les dirigeables d'un hangar voisin³.

Les Cours d'appel n'ont pu relever ni dans l'un ni dans l'autre cas la « satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime qui justifiait l'exercice du droit ».

1. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Lyon du 13 juillet 1932 (S. 1932.2. 222) où il est question de la gêne qu'apporte au fonctionnement d'un appareil de T. S. F. la sonnerie électrique d'un commerçant voisin, nous relevons l'attendu : « Que le propriétaire d'une chose a le droit de s'en servir conformément à sa destination, et à moins que dans l'usage qu'il en fait, il ne commette un *abus* dont il résulte un préjudice pour autrui, il ne peut être tenu à réparation. »

2. Colmar, 2 mai 1855, D. 1856.2.9.

3. Compiègne, 19 février 1913, D. 1913.2.177 et D. 1916.1.79.

L'intention de nuire n'était donc plus le seul critérium qu'elles cherchaient à dégager. Et, de la sorte, la théorie de l'abus du droit prenait corps, malgré les réticences de la Cour de cassation qui en rattachait toujours les applications à l'article 1382. Il lui suffisait, pour cela, de faire rentrer dans les cadres de la faute tout exercice abusif d'un Droit. Bientôt, elle consacrait l'extension donnée par les Cours d'appel en admettant implicitement que constitue une faute tout détournement d'un droit de sa destination sociale. Or les rapports sociaux, en créant de nouvelles exigences, multipliaient par là-même les faces de la faute.

Vue sous cet angle, la théorie de l'abus du droit ne devait pas heurter de front la responsabilité subjective telle que la conserve la Province de Québec. On en remarque une allusion formelle dans la cause *Guilbaud v. Charland*¹, dont nous extrayons le passage suivant : « Pour qu'il y ait » abus de droit, il n'est pas indispensable qu'il y ait intention de nuire, il suffit qu'on relève l'absence des précautions que la prudence d'un homme attentif et diligent lui » aurait inspirées... Une partie outrepassé ses droits en » faisant à la légère, dans ses procédures, des allégations de » nature à affecter la réputation d'autrui, et elle est responsable des dommages en résultant. »

Dans cette affaire, un notaire qui avait été accusé à tort d'avoir commis un faux, réclamait des dommages-intérêts à la partie qui avait attaqué l'acte authentique par inscription de faux. Le juge a reconnu la « bonne foi » de cette partie mais a déclaré cependant, qu'elle avait outrepassé ses droits « en faisant ces allégations et qu'elle avait agi avec » une négligence suffisante pour la rendre responsable des » dommages qui en sont résultés au demandeur². »

La jurisprudence française applique également la théorie

1. 1936, R. L. n. s., p. 22.

2. La partie ayant commis un abus de droit a été condamnée au paiement d'une indemnité de \$ 200.

au droit d'ester en justice. On citera, par exemple, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 7 mai 1924¹ dans lequel une procédure a été considérée comme abusive et vexatoire parce qu'elle a été menée par esprit de chicane. Ici, contrairement à la cause canadienne, c'est la mauvaise foi qui caractérise l'abus du droit d'ester en justice. Objectivement l'acte paraît régulier, car le droit d'appel est mis à la disposition des perdants, en première instance. Cependant, il rentre dans le cadre du délit civil lorsque ces perdants savent pertinemment qu'ils succomberont de nouveau, en appel.

En étendant les cas d'application de l'abus du droit, la jurisprudence a restreint le nombre des droits qu'autrefois elle considérait comme absolus. Ainsi, en était-il du droit de résiliation qu'en 1872, la Cour de cassation se refusait à ébranler². En 1896, par contre, elle admet de rechercher quelles sont les raisons qui ont déterminé le congédiement dans l'esprit de l'employeur. Et elle estime que si ces motifs ne sont pas légitimes, l'employeur a abusé de son droit de résiliation. Il est vrai que cette étape n'est pas due à sa seule initiative, car, entre temps, la loi du 27 déc. 1890 avait encouragé l'investigation du juge en introduisant dans l'article 1780 la disposition suivante : « La résiliation » du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut » donner lieu à des dommages-intérêts. » D'autres efforts ont été tentés depuis lors, pour que le domaine de l'abus du droit fût réglementé par des textes de loi. Ainsi, une formule générale a-t-elle été proposée par M. Saleilles en 1905 : En voici la teneur : « Un acte dont l'effet ne peut être que » de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime » pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer » l'exercice d'un droit³ ». Si cette proposition de loi n'a

1. S. 1925.1.217. — Voir également, Cass. civ., 16 nov. 1936, S. 1937.1.67.

2. Ch. civ., 5 févr. 1872, D. 1873.1.64.

3. Cf. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, p. 325.

jamais été votée, c'est, en grande partie, parce que sa promulgation n'aurait guère ajouté à la coutume jurisprudentielle qui, peu à peu, se fixait. C'est aussi parce que le législateur a préféré laisser au juge le soin d'en préciser les contours. C'était simplement lui permettre de parachever son œuvre, car c'est bien la jurisprudence qui a fait le départ entre les droits dont le titulaire peut disposer arbitrairement, et ceux qui, au contraire, sont soumis à une certaine relativité¹.

Après avoir proclamé le principe, il lui restait à déterminer la sanction : L'octroi de dommages-intérêts compensatoires du préjudice éprouvé découlait normalement de l'article 1382 en France, et de l'article 1053 dans la Province de Québec. Mais, la question s'est posée de savoir si les préjudices futurs pouvaient être compris dans l'évaluation de l'indemnité. En France, l'affirmative a été admise plus facilement qu'en Québec².

En 1895, la Cour du Banc du Roi de Québec repoussait le principe des dommages futurs dans la cause *Drysdale v. Dugas*³, et la Cour suprême confirmait cette solution.

Par contre, ce principe était admis dans la cause *Gravel v. Gervais*⁴.

Devant la difficulté de prévoir une juste évaluation pour des préjudices qui se produiront dans l'avenir, les tribunaux ont été amenés à envisager la possibilité d'ordonner la démolition des constructions nuisibles. La Cour de cassation a admis cette sanction en 1857⁵. C'est également la démolition qui a été ordonnée dans l'affaire Clé-

1. Exercice abusif du droit de *reprise* : D. H. 1929.6. — Abus du droit de procéder à des *saisies* : Montpellier, 18 mars 1930, S. 1930.2.105. — Droit de *réponse*, affaire Sylvain-Doumic, Cass. civ., 21 mai 1924, la Cour a considéré ce droit comme non susceptible d'abus. — Abus du droit de *grève*, S. 1932.1.161.

2. D. 1866.1.342.

3. 1895, 26, C. S. 20.

4. 5. M. L. R., VII, S. C. 334.

5. D. 1857.1.293.

ment-Bayard quant aux pointes qui rendaient dangereux pour les dirigeables l'accès de leur hangar.

Dans la Province de Québec, cette sanction n'a pas été admise sans détour : Ainsi, en 1898, les tribunaux considéraient-ils encore que l'absence de loi, à cet effet, mettait obstacle à leur faculté d'ordonner la suppression d'un établissement¹.

Néanmoins, il leur était loisible de condamner à l'enlèvement de toutes choses nuisibles. Mais c'était là plutôt des directives que des ordonnances, car le défendeur pouvait, « sans mépris de Cour, et sans craindre l'intervention » de l'autorité, refuser de s'y soumettre, mais alors, il était » constitué de mauvaise foi, et, de plus, en demeure, de » sorte que le demandeur pouvait demander des dommages » plus élevés ou même demander l'autorisation de faire des » travaux jugés nécessaires à sa protection, aux frais, risques et périls du défendeur². »

1. IV, R. L. 62.

2. Beauchamp, dans la *Revue Légale*, t. IV, p. 62.

CHAPITRE VII

GARDE DE LA CHOSE INANIMÉE

La responsabilité qui incombe à l'homme pour le fait des choses qu'il a sous sa garde compte parmi les principes juridiques dont l'évolution se ressent le plus de l'empreinte jurisprudentielle. Les faits sociaux ont entraîné la marche du Droit au delà de la pensée que, primitivement, les juges attribuaient aux Codes. Cette constatation vient simultanément à l'esprit de ceux qui étudient la jurisprudence de France et celle de Québec : Différentes acceptions des textes se sont succédées au cours des sessions judiciaires. Bien que les résultats consacrés soient loin d'être identiques dans les deux pays, on remarque que dans l'un et l'autre, les juges se sont préoccupés de donner une existence autonome à des dispositions du Code que, jusqu'alors, ils avaient rattachées à d'autres articles dont ils les croyaient inséparables.

De même qu'en France, l'article 1384 avait longtemps été considéré comme annonçant les dispositions suivantes, de même, dans la Province de Québec, l'article 1054 était censé, aux yeux des juges, n'être qu'une suite explicative de l'article 1053 qui restait indubitablement son fondement. Dans les deux pays, nous verrons la jurisprudence aller de l'avant et donner une ampleur nouvelle et indépendante à des membres de phrase qu'elle avait, jusque-là, laissés dans l'ombre.

Les textes¹ ne posaient pas le problème sous un angle identique en France et dans la Province de Québec, bien que les codificateurs canadiens n'aient prétendu s'écarter du texte français que « par l'expression ».

Mais, cette expression même, si elle traduit la pensée qu'en 1866, les interprètes du Droit français s'accordaient à déceler dans l'article 1384, elle ne se prête pas, avec autant de souplesse que celle du Code Napoléon, à l'échafaudage doctrinal d'une responsabilité exempte de faute :

D'une part, en débutant par « Elle » au lieu de « On » l'article 1054 se rattache plus strictement à celui qui le précède, et qui astreint à réparer le préjudice toute personne douée de discernement qui l'a causé par sa faute.

D'autre part, la clause qui, dans les deux articles, indique le mode d'exonération de responsabilité demeurant à la disposition du défendeur, précise, en Droit français, qu'il s'agit des père, mère, instituteurs et artisans, tandis que l'article de Québec emploie une formule plus vague dont

1. L'article 1054 du Code de la Province de Québec dispose : « Elle est responsable, non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde.

» Le père, et après son décès, la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs.

» Les tuteurs sont également responsables pour leurs pupilles.

» Les curateurs ou autres ayant légalement la garde des insensés, pour le dommage causé par ces derniers.

» L'instituteur et l'artisan, pour le dommage causé par ses élèves ou apprentis, pendant qu'ils sont sous sa surveillance.

» La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

» Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés. »

Voici maintenant l'article 1384 du Code français : « On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

Viennent ensuite les dispositions concernant les père et mère, les maîtres et commettants, les instituteurs et artisans, puis, ce dernier alinéa :

« La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

la portée a pu être conçue par ses interprètes comme beaucoup plus générale.

Pourquoi ces textes ont-ils servi de soubassement à une jurisprudence prétorienne ? Ce sont les circonstances économiques qui, dans l'un et l'autre pays, ont révélé la nécessité d'une mise au point des règles juridiques. L'essor prodigieux du machinisme avait multiplié les accidents dont la cause était difficile à imputer au fait de l'homme. Or, l'interprétation traditionnelle des textes exigeait que la victime apportât la preuve que l'accident était dû à une faute de celui qui avait la machine sous sa garde.

Dès la fin du *xix^e* siècle, les tribunaux se sont émus de la situation irrémédiable que créait cette obligation aux victimes d'accidents anonymes. Envisageant les répercussions sociales qu'entraînait cet état de choses, la jurisprudence française a examiné avec une attention accrue si les textes existants ne lui permettaient pas de rétablir un équilibre qu'avait rompu l'évolution de la vie industrielle. Et c'est ainsi qu'elle a découvert dans les seules données du Code la possibilité de faire naître à l'encontre du gardien de la chose une présomption de faute qui dispensait la victime de la charge difficile qu'impose l'article 1382.

Il est curieux de constater que, dans la Province de Québec, comme en France, c'est la situation d'ouvriers victimes d'accidents industriels qui a provoqué l'éclosion d'un renouvellement des solutions jurisprudentielles. Dans les deux pays, l'étape décisive s'est réalisée à propos de circonstances analogues : Un ouvrier, sur le lieu de son travail, était victime d'une explosion de machine. En France, c'est en 1896, que la Cour de cassation¹ a, pour la première fois, fait bénéficier l'ouvrier d'un renversement de la charge de la preuve. Dans la Province de Québec, il faut attendre jusqu'en 1909 pour voir la Cour suprême adopter une atti-

1. Cass. civ., 16 juin 1896, S. 1897.1.17.

tude analogue¹ (à l'occasion d'une affaire connue au Canada sous le nom de cause Doucet.)

Ces deux dates sont significatives. Elles évoquent, en effet, des époques où la jurisprudence devait, pour résoudre un tel problème, faire appel à la seule lumière des principes généraux de la responsabilité : En 1909, dans la Province de Québec, de même que dans la France de 1896, aucune législation spéciale ne régissait encore les accidents du travail. Non seulement ces arrêts devançaient la loi, mais encore ils en hâtaient la promulgation². Notons cependant que si la loi française qui, en 1898, soustrayait les accidents du travail à l'empire du Code, n'entérinait pas tous les résultats proposés par le juge, celle de Québec avait, au contraire, pour objet de faire progresser le Droit au delà des possibilités que s'était reconnues la jurisprudence canadienne.

Celle-ci s'était donc montrée beaucoup plus timorée que la Cour de cassation.

Avant de signaler les divergences consacrées par ces deux décisions, il n'est pas indifférent de rechercher pour quelles raisons les juges canadiens se sont refusés à calquer la solution française. Naturellement, nous ne nous appesantirons pas sur l'argumentation des deux membres dissidents. Mais, abstraction faite des notes du juge en chef, qui se montre partisan convaincu de la théorie du risque³, la pensée des deux autres juges reflète la constante préoccupation de ne pas écarter le critérium de la faute pour fonder la responsabilité du propriétaire de la fournaise. Ils font valoir que le terme de « faute » a été consacré par les codificateurs de Québec dans l'article 1054 à la place

1. 42, R. S. C. 292, *Shawinigan Carbide Co vs. J. Doucet*.

2. La loi canadienne a été mise en vigueur en 1910.

3. Sir Charles Fitzpatrick : « Pour ma part, disait-il, je suis d'avis que la fournaise était sous la garde de l'appelant qui l'utilisait à son profit, et qui tirait un bénéfice du risque qu'elle a créé. Celui qui perçoit les émoluments procurés par une machine susceptible de nuire aux tiers, doit s'attendre à réparer le préjudice que cette machine causera, »

du mot « fait », qui se trouve dans l'article 1384 du Code français. Et, à cet argument de texte, ils ajoutent le rejet de toute responsabilité contractuelle qui ferait du patron l'assureur de la sécurité de ses ouvriers.

Ces considérations expliquent pourquoi l'on ne saurait trouver dans le jugement de la Cour suprême une construction aussi affirmative que le principe énoncé par la Cour de cassation en ces termes : « Attendu que l'arrêt » attaqué constate souverainement que l'explosion de la » machine du remorqueur à vapeur *Marie*, qui a causé la » mort de Teffaine est due à un vice de construction; » qu'aux termes de l'article 1384 C. civil, cette constata- » tion qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit » vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du » propriétaire du remorqueur, sans qu'il puisse s'y sous- » traire en prouvant, soit la faute du constructeur de la » machine, soit le caractère occulte du vice incriminé¹. »

Dans la cause *Doucet*, par contre, si le propriétaire de l'usine n'a pas réussi davantage à se dégager de la présomption de faute, c'est bien plutôt parce qu'il n'est pas parvenu à démontrer qu'il lui aurait été impossible d'empêcher l'accident.

C'est dans le rapprochement entre ces deux solutions que l'on peut déjà déceler le germe de la divergence primordiale qui s'est accentuée ultérieurement entre les jurisprudences de France et de Québec. Cette divergence concerne, en effet, les causes d'exonération dont dispose le gardien pour échapper à la responsabilité qui lui incombe : Au Canada, il parvient à détruire cette présomption en prouvant qu'aucune faute ne peut lui être reprochée, tandis qu'en France, cette allégation ne saurait être retenue. L'arrêt prononcé par la Chambre civile le 16 novembre 1920 a nettement spécifié que : « La présomption de faute, édictée par l'article 1384 § 1^{er} à l'encontre de celui qui a sous sa

1. Civ., 16 juin 1896 (D, 1897, I.433).

garde la chose inanimée qui a causé le dommage, ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute, ni que la cause du dommage est demeurée inconnue¹ ».

A pareille époque, la jurisprudence canadienne paraissait avoir été fixée par la Cour suprême dans la cause *Vandry*². Mais elle admettait la production d'une preuve négative et subjective, contrairement à l'orientation de la Cour de cassation qui exigeait du gardien la démonstration du fait positif qui avait engendré le dommage, et plaçait par conséquent cette preuve sur un plan objectif.

Les circonstances de la cause *Vandry* situaient le problème de la garde dans les rapports d'une compagnie concessionnaire d'électricité et d'un usager qui la rendait responsable de l'incendie de sa maison. Le voltage du courant avait été subitement accru, un jour de grand vent, par la chute d'une branche d'arbre sur les fils électriques dont la résistance s'était trouvée insuffisante (un câble de haute tension avait été mis en contact avec un fil de 110 volts).

Les juges se sont montrés unanimes à placer l'événement en dehors des cas de force majeure, en raison du caractère tout à fait normal des journées de grand vent. La Cour suprême aurait admis l'exonération de la compagnie si celle-ci avait réussi à prouver que l'installation des lignes était conforme aux derniers progrès de la technique.

Mais le Conseil privé qui a, en 1920, affirmé³ la solution de la Cour suprême n'a pas reproduit la réserve admise par la Cour suprême, à tel point qu'on a pu interpréter son attitude comme étant conforme à celle de la Cour de

1. D. 1920.1.169.

2. *Quebec Railway vs. Vandry*, 1916, *Reports of the Court Supreme*, vol. 53, p. 72.

3. Affirmer n'est pas exactement « confirmer », car si la solution se trouve également entérinée, elle ne l'est pas pour les mêmes motifs.

cassation¹. Lord Sumner qui se trouvait le porte-parole du Conseil privé, paraissait écarter, en effet, le concept de présomption simple, en déclarant que la responsabilité du gardien dérive de la loi seule².

Cependant l'équivoque suscitée par l'ambiguïté des paroles de Lord Sumner a pu être dissipée deux ans plus tard lorsque le Conseil privé a été saisi de la cause *Watt v. Cité de Montréal*³. Lord Dunedin qui se prononçait en cette affaire, a nettement affirmé qu'il laissait au gardien de la chose la faculté de s'exonérer en prouvant qu'il ne lui était pas possible de prévenir l'accident par l'utilisation de « *moyens raisonnables* ». C'est l'interprétation littérale de l'article 1054 qui le guidait pour déclarer que la clause d'excuse devait se rapporter à toutes les dispositions qui la précèdent dans le corps de l'article⁴.

La solution dégagée par Lord Dunedin ne doit pas être confondue avec celle de « force majeure » qui implique une impossibilité absolue et générale. Les « moyens raisonnables » sont, en somme, aussi variés que les espèces. Mieux vaut en la matière un exemple qu'une définition. Voici celui que nous avons recueilli dans un jugement de la Cour Supérieure, rendu en 1927 : « Le gardien de la machine pourra repousser la présomption de faute en prouvant qu'elle était dans un état normal, bien installée et bien entretenue et offrait toutes garanties de protection aux employés... La présomption de faute sera encore écartée si le gardien ou propriétaire a signalé à la victime le danger inhérent à la chose, l'a mis en garde et lui a indiqué les moyens de l'éviter⁵... »

1. Cf. Pouliot. Juge de la Cour Supérieure, « Responsabilité des choses », *Revue du Droit*, t. IV, p. 389.

2. *Quebec Railway vs. Vandry*, 1920, *Appeal Cases*, p. 662.

3. 1922, II, *Appeal Cases*, p. 555.

4. Lord Dunedin s'appuie sur la traduction anglaise de l'article 1054 pour faire remarquer que le terme « cases » (au lieu et place de « responsabilité ci-dessus »), ne signifie pas nécessairement « special cases ».

5. Cf. *Coates vs. Marsh Ltd*, 66, C. S. 302.

De cette position adoptée dans la Province de Québec, il résulte que la jurisprudence a fait converger ses efforts vers une analyse plus subtile de la faute, tandis qu'à pareille époque, en France, le contenu de la notion de garde retenait davantage l'attention des juristes. Et il est curieux de constater qu'un même élément a servi à étayer l'élaboration des deux théories jurisprudentielles, mais que son utilisation a concouru à des fins différentes : Dans les deux pays, le danger inhérent à la chose inanimée a été pris en considération. Mais alors qu'en France, il y eut un temps¹ où cette notion a été érigée en pivot central autour duquel gravitait l'argumentation juridique², en Québec, on n'a jamais cherché à la substituer au fondement de la faute; pourtant, les juges l'ont fait entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la conduite du gardien. Leur sévérité se trouve en relation directe avec le caractère plus ou moins dangereux de la chose inanimée. Dès lors, il ne sera pas toujours aisé pour le gardien de démontrer l'impeccabilité de sa vigilance. Et ainsi s'explique la similitude d'un grand nombre de solutions d'espèces en France et en Québec, malgré la diversité des causes d'exonération.

En France, cette notion du danger de la chose avait permis de faire pénétrer les accidents d'automobile dans le champ d'application de l'article 1384, lorsque avait été discréditée la distinction qu'établissait jusqu'alors la jurisprudence entre le fait de l'homme et le fait de la chose³.

Or, c'est là une distinction qui a été, en Québec, l'objet d'une vogue beaucoup moins passagère. Sa vitalité n'a pas encore faibli. Elle fournit le critérium qui permet aux juges de délimiter le domaine de l'article 1054. Voici comment

1. De 1924 à 1930.

2. Cf. l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1927 : « Il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui. »

3. Cf. Cass. civ., 21 février 1927 (D. 1927.1.97) : Attendu que la loi ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme. »

l'un d'eux l'analysait récemment : « Nous croyons que toutes les choses inanimées sont susceptibles d'échapper au contrôle et à la garde matérielle de l'homme, même celles qui sont demeurées inertes. Ces dernières, en effet, demeurent soumises aux lois physiques, à l'action des forces naturelles. Sous l'empire de ces forces, elles peuvent échapper à l'action de leur gardien; elles ne lui obéissent plus; il y a *fait de la chose*, et non fait de l'homme¹. »

La jurisprudence de Québec applique les règles de la faute prouvée chaque fois qu'un acte humain a causé le dommage, même par l'intermédiaire d'une chose. Elle soumet le jeu de la présomption de faute à la condition qu'un « fait autonome » de la chose soit à l'origine du préjudice².

Se référant à une décision de la Cour suprême qu'elle considère comme décisive³, la Cour du Banc du Roi a nettement marqué son attachement à la distinction entre le fait de l'homme et celui de la chose. Elle a même déclaré qu'elle n'entendait pas imiter la Cour de cassation dans l'abandon qu'elle avait fait de ce critérium⁴.

A vrai dire, le maintien de ce critère n'apportait pas en Québec la même entrave qu'en France à l'évolution du droit qui régit les accidents d'automobile, puisqu'au Canada, la responsabilité de l'automobiliste se trouve soumise à une réglementation d'ordre statutaire⁵.

En France, par contre, c'est en l'absence de toute inter-

1. Cause Colpron vs. C. N. R. C^o, 1934, S. C. R. 189.

2. Cause Lacombe vs. Power, 1928, *Supreme Court Reports*, p. 409. (Voir surtout les notes du Juge Anglin.)

3. Cause Pérusse vs. Stafford, 1928, S. C. R. 416.

4. Cause Ayotte vs. Marleau, 1929, R. J. Q. 46 B. R., p. 347.

5. Une loi de 1907 érigeait à l'encontre de l'automobiliste une présomption irréfragable. Cette sévérité est actuellement atténuée. Cf. l'article 53 de la loi des véhicules moteurs : « Quand un véhicule automobile cause une perte ou un dommage à quelque personne dans un chemin public, le fardeau de la preuve que cette perte ou ce dommage n'est pas dû à la négligence ou à la conduite répréhensible du propriétaire ou de la personne qui conduit le véhicule automobile, incombe au propriétaire ou à la personne qui conduit le véhicule automobile. »

vention législative que celle-ci a été introduite dans le domaine de l'article 1384 § 1^{er}. Pour rendre moins aléatoire le sort de la victime de l'accident d'automobile, la jurisprudence a soustrait cette matière à l'empire de l'article 1382, en abattant la cloison qu'elle avait elle-même édifiée entre le fait de l'homme et le fait de la chose¹.

Par là même, la sphère de l'article 1384 se trouvait douée d'une possibilité de développement qui était refusée au texte canadien. Nous avons noté, plus haut, l'efficacité beaucoup plus considérable en France qu'en Québec dont avait été dotée la responsabilité dérivant de la garde. Nous pouvons maintenant ajouter une remarque du même ordre en ce qui concerne l'étendue des cas que la jurisprudence soumet à l'application de cette source de responsabilité.

A ces deux chefs, successivement, la création jurisprudentielle a pu nous paraître infiniment plus hardie en France que dans la Province de Québec.

Mais une vue synthétique de la question doit comporter, en outre, quelques précisions au sujet de la signification juridique que prêtent les deux jurisprudences à la notion de garde. L'ordre que nous avons ainsi choisi dans le plan de ce chapitre correspond aux étapes parcourues par la jurisprudence française. En effet, lorsqu'elle a renoncé à enserrer dans des limites préétablies les choses soumises à la nécessité d'une garde dont elle avait déjà profilé les effets juridiques, la Cour de cassation s'est attachée à préciser la notion de « garde ». C'est en termes formels et dénués de toute équivoque que l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 proclamait : « Attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte ne distingue » pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou » non actionnée par la main de l'homme... Qu'il n'est pas » nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et sus-

1. Cass. civ., 29 juillet 1924 (D. 1924.1.557).

» ceptible de causer un dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la *garde* de la chose, non à la chose elle-même¹. »

Les divergences que nous avons constatées au cours des développements précédents, entre les deux constructions jurisprudentielles envisagées, entraînent de notables répercussions sur la détermination de la personne responsable, à raison de la garde de la chose inanimée — non pas que ce problème offre quelque difficulté lorsque la chose se trouvait entre les mains de son propriétaire au moment du dommage. En pareille occurrence, évidemment, la solution sera identique dans les deux jurisprudences². Mais elle diffère dès que les circonstances présentent une scission entre la garde juridique et la garde matérielle. Dans ce cas, il ne peut être question, en effet, d'ériger en règle absolue que la responsabilité dérivant de la garde des choses constitue une charge légale de la propriété.

Quel sera alors le concept juridique qui donnera la clef de la responsabilité? — Sera-ce le contrôle, l'usage de la chose, la contre-partie du profit retiré?...

Les considérations qui entrent en jeu pour étayer le problème se trouvent sensiblement les mêmes à une époque donnée, mais elles ont été diversement appréciées par les juges de France et de Québec. Les positions respectives qu'ils ont ainsi adoptées reflètent plus que des courants d'idées. Elles traduisent des tendances où s'enchevêtrent la morale et la politique.

Ainsi a-t-on pu voir la Cour de révision de Québec, assi-

1. D. H. 1930, p. 129.

2. C'est le propriétaire qui sera désigné comme gardien. Mais, conformément au mécanisme expliqué plus haut, la présomption qui pèse sur lui est irréfragable, en France, lorsqu'il s'agit de dommage dont la cause reste inconnue, ou est imputable à un vice qu'il ignorait. Il en est autrement en Québec, puisque la présomption est simple. Ainsi le propriétaire n'assume pas la responsabilité du dommage causé par la chose louée, s'il n'en connaissait pas les vices. Cf. cause *Leber vs. Patenaude*, 1926, R. J. Q. (Cour Supérieure, Juge Fabre-Surveyer), *Revue Légale*, nouvelle série, t. XXXIII, p. 42; et cause *Lambert vs. Bourada*, 1927, C. S. 33 R. L., 437.

miler la notion de garde à celle du contrôle qu'assume l'ouvrier à qui est confié le maniement de la machine, et de la sorte rendre plus périlleuse l'action de la victime demanderesse¹. Mais c'est là, du reste, une conception qui n'a pas résisté à l'appel porté successivement par devant la Cour du Banc du Roi et la Cour suprême.

En France, elle n'aurait eu aucune chance de succès, car elle venait directement à l'encontre des fins sociales visées par la jurisprudence. Ces fins sociales se trouvaient, à coup sûr, beaucoup mieux servies par la désignation de celui qui tire profit de la chose comme en étant son gardien responsable. L'arrêt de Chambéry, en date du 12 juillet 1905, ne pouvait l'exprimer plus clairement : « Celui qui détient une chose et en tire avantage doit, par suite d'une légitime réciprocité, supporter les charges corrélatives de cet avantage² ». D'autres applications de la théorie du risque pourraient être citées parmi les arrêts des Cours d'appel. Mais il est rare que la Cour de cassation ait usé de termes aussi explicites pour transposer ce problème juridique sur un terrain d'ordre économique.

Dans la Province de Québec, on trouve parfois énoncée sous la plume des juges la formule : « *Ubi emolumentum, ibi onus* », mais celle-ci n'a jamais revêtu la même signification qu'en France où certains jugements et arrêts l'ont érigée en fondement de la responsabilité du gardien. En Québec, elle n'est pas indépendante de la notion de faute. Elle fait partie des éléments qui renforcent la sévérité du juge dans son appréciation à l'égard de la conduite du gardien : De même que le danger de la chose maniée doit éveiller d'autant la circonspection de celui qui en assume la garde ; de même, le profit que procure une entreprise à son directeur entraîne, en contre-partie, l'obligation d'une constante mise au point des procédés techniques. Là encore, la

1. Cause Shawinigan Carbide C^o vs. Doucet, 42, R. S. C. 292.

2. D. 1905.2.417.

jurisprudence canadienne découvre une faute dans la moindre « omission de précautions spéciales et extraordinaires que l'exploitation exigeait », parce que « Celui qui récolte le profit d'une entreprise doit logiquement supporter les risques du dommage causé à autrui¹ ».

En somme, dans la Province de Québec, la théorie du risque créé a peu de chances de s'implanter en l'absence d'une réforme législative. La jurisprudence se montre, en effet, très fermement attachée au fondement de la faute. Elle estime injuste de faire retomber les conséquences d'un dommage sur une personne dont la conduite est irréprochable. Et cette conception n'a pas été ébranlée par les considérations objectives qui ont étayé, en France, la théorie du risque créé. Que si l'on propose aux juristes québécois d'envisager la question suivant son axe social, et non plus individuel, ils objectent alors les perturbations qu'entraîne, à cet égard, la théorie du risque, puisque ses conséquences aboutissent à paralyser l'exercice d'une activité socialement utile.

En outre, ils n'ont pas été sans ressentir l'influence de la Common Law. Rappelons, en effet, que les autres provinces canadiennes ont adopté le fondement de la faute comme un perfectionnement apporté à l'idée de responsabilité qui était, jusque-là, considérée comme une charge incombant à la propriété. L'incorporation de l'idée de risque à celle de responsabilité pourrait donc être interprétée comme l'abandon d'un progrès acquis par la morale juridique.

En Québec, par conséquent, la réparation ne se justifie que parce qu'elle constitue la sanction de l'obligation qui incombe au gardien de veiller à ce que ses biens ne produisent aucun dommage à autrui.

Le gardien, aux termes de l'article 1054, doit donc être

1. Cause *Gingras vs. Loranger*, en Cour Supérieure, 1934, 40, R. L. n. s., p. 319.

celui qui se trouve dans la possibilité de prendre les mesures destinées à parer à l'éventualité du dommage¹. Il faut qu'il puisse exercer une surveillance effective de la chose dommageable; sinon, il ne pourrait être question de lui reprocher aucune faute dans la garde qu'il assume.

Ce sont d'autres considérations qui prévalent dans la jurisprudence française. La différence devient tangible lorsque les circonstances de la cause présentent une espèce dans laquelle le titulaire juridique de la garde de la chose a perdu, sans sa faute, le contrôle matériel de cette chose, au moment où s'est produit le dommage. Envisageons l'hypothèse où la cause d'un accident est imputable au fait d'une chose qui a été volée à son légitime propriétaire. En Québec, ce dernier ne sera pas considéré comme le gardien responsable au titre de l'article 1054. Ainsi, a-t-il été jugé que : « Un propriétaire d'automobile n'est pas responsable » si le conducteur de sa machine s'en est emparé à son » insu². »

Au contraire, en France, la logique rigoureuse de la construction édifiée par la jurisprudence a conduit celle-ci à faire peser la responsabilité d'un tel accident sur le propriétaire de la voiture volée. C'est dans un arrêt très récent³ que la Cour de cassation a eu, pour la première fois, l'occasion de se prononcer en la matière. Mais sa solution lui a été dictée par le poids respectif qu'elle a coutume d'accorder aux éléments matériel et juridique dont elle décompose la garde. A son sens, la responsabilité incombe au titulaire de la garde juridique. Quant au vol qui a fait perdre au propriétaire la garde matérielle de la voiture, il ne peut être analysé comme un cas de force majeure, car il constitue un événement possible à prévoir; il n'est pas assimilé non plus

1. C'est, du moins, l'idée générale qui plane dans le jugement de la Cour supérieure prononcé dans la cause *Gingras vs. Loranger*, 1934, 40, R. L. n. s., p. 319.

2. Cause *Gervais vs. Moffat* 1926, 33, R. J. 13.

3. Cass. civ., 3 mars 1936, D. 1936.1.81.

à un transfert de la garde, parce que le gardien ne peut être, sans sa volonté, démuné de son titre juridique. Ainsi la responsabilité dérivant de la garde survit-elle à la possibilité d'effectuer le contrôle matériel qui justifie cette obligation... Le caractère paradoxal d'une telle conclusion n'a pas échappé à la Cour de renvoi qui n'a pu se résigner à suivre les directives de la Chambre civile¹.

Actuellement, tous les milieux juridiques de France ont hâte de voir statuer les Chambres réunies en cette affaire, car la position qu'elles adopteront permettra, mieux que tous les commentaires, de savoir si la Cour de cassation consacre définitivement la théorie du risque, ou si, au contraire, elle rend à la responsabilité du gardien le fondement subjectif que lui attribuaient les codificateurs. Si les Chambres réunies persistent dans l'orientation de la Chambre civile, la « garde des choses inanimées » comptera parmi les créations les plus hardies d'une jurisprudence dont l'allure prétorienne ressort davantage quand on la compare à celle de Québec.

L'idée maîtresse qui synthétise les positions respectives des deux jurisprudences, et dont nous n'avons pu esquisser que quelques applications dans ce bref exposé, se résume donc dans une tendance plus accentuée en France que dans la Province de Québec vers l'érection d'une responsabilité sans faute. Elle traduit l'interférence de la politique sur les principes juridiques. L'idéal démocratique de la socialisation des risques a certainement rencontré des partisans plus convaincus ou plus actifs dans la magistrature française que parmi les juges canadiens. Ces derniers se sont abrités derrière des arguments de texte. Mais, à vrai dire, s'ils n'avaient été fermement animés du désir de conserver à la responsabilité son fondement subjectif, ils eussent pu scinder en deux tronçons l'article 1054, et pré-

1. Cour de Besançon, 25 février 1937 (S. 1937.2.97).

tendre que la clause d'excuse¹ concerne exclusivement la responsabilité des père, mère, tuteurs, curateurs, instituteurs et artisans. La traduction anglaise de l'article aurait pu justifier une telle interprétation, car, au lieu des termes : « la responsabilité ci-dessus », la clause exculpatoire concerne des « cases ».

Mais la jurisprudence québécoise a tenu à se référer à l'acception plus générale du texte français, car elle lui paraissait plus conforme aux sources d'où les codificateurs l'avaient puisée.

D'ailleurs, même si la jurisprudence n'appliquait pas la clause exculpatoire au premier alinéa de l'article 1054, elle soumettrait le gardien de la chose au régime qu'elle réserve au commettant pour le fait de son préposé. Or, la responsabilité qui incombe au commettant dans le Droit de Québec n'a pas reçu l'extension que lui a conférée la jurisprudence française. En France, le commettant est rendu responsable de tout fait dommageable qu'a commis son préposé « à l'occasion » de l'ouvrage auquel il est employé, même si le délit n'a pas été commis sur le lieu et aux heures du travail. Cette interprétation, qui se trouve en marge des textes, n'a pas prévalu dans la Province de Québec : En limitant la responsabilité du commettant au cadre de l'exécution des fonctions assignées à son préposé, les juges canadiens obéissent au principe général qu'on ne saurait répondre d'actes dont la genèse ne révèle ni *culpa in eligendo*, ni *culpa in negligendo*².

Par conséquent, l'argument que les juristes de Québec font reposer sur les textes nous apparaît comme un bouclier qui dissimule une cuirasse inattaquable, celle d'un attachement profond à la justification par la faute de toute responsabilité.

1. Qui, dans le dernier paragraphe de l'article 1054, permet l'exonération par la preuve de l'absence de faute.

2. Cf. cause *Curley vs. Latreille*, 60, S. C. R. 131.

La conception individualiste de la justice prévaut en Québec avec assez d'intensité pour combattre l'idée que le risque créé engendre une responsabilité indépendante de tout élément délictuel; tandis qu'en France, le désir d'assurer à la victime la réparation de l'accident a inspiré à la jurisprudence l'élaboration d'une théorie qui met les risques à la charge de celui qui peut « socialement » les supporter.

Ainsi croyons-nous pouvoir camper comme deux orientations inconciliables, à propos de la garde des choses inanimées, les jurisprudences française et canadienne.

Les considérations qui nous ont paru justifier les divergences planent, à n'en pas douter, sur tous les problèmes juridiques que pose la mise en jeu de la responsabilité.

C'est un écho de cette conclusion que nous chercherons à faire percevoir au cours du chapitre suivant.

CHAPITRE VIII

EXTENSION PROGRESSIVE DES RECOURS EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ

Ne peut-on pas ranger parmi les productions juridiques dues au pouvoir du juge les recours nouveaux qu'il octroie à certaines personnes dont l'intérêt lui paraît digne de sa considération?... Le champ du Droit s'agrandit dès que sortent de la pénombre des requêtes qui, jusqu'alors, n'avaient pas accès au prétoire.

Une évolution en ce sens paraît opportune au juge lorsque le solidarisme social fait ressortir de façon péremptoire les répercussions innombrables qu'entraîne le fait préjudiciable de l'homme. L'ensemble de ces répercussions évoque l'idée d'une chaîne; il appartient au juge de déterminer l'anneau-limite jusqu'où s'étendra le droit à réparation. Mais, pour opportune qu'elle puisse jamais sembler, une telle évolution se doit de rester équitable. Il ne faut pas que l'admission progressive des recours en responsabilité devienne jamais en disproportion flagrante avec l'acte dommageable. Une bienveillance démesurée à l'égard des victimes n'est pas le fait d'une bonne justice lorsqu'elle s'exerce d'une façon trop lourde au détriment de l'auteur du dommage.

Un équilibre est donc à réaliser.

Il n'a pas été fixé au même niveau dans les jurisprudences de France et de Québec. Nous exposerons les raisons déterminantes qui justifient l'attitude observée par l'une et l'autre à cet égard.

Pour préciser le champ du débat, nous examinerons successivement dans ce chapitre d'abord l'interférence de cette question sur l'admission du recours des parents de la victime, et, dans un second paragraphe, la mesure dans laquelle les deux jurisprudences consentent à réparer le dommage moral.

I. Admission du recours des parents de la victime.

Le vieil adage romain : « *Actio personalis moritur cum persona* » subsiste à l'état de souche commune dans les deux systèmes juridiques considérés. Les héritiers de la victime d'un accident mortel ne trouvent pas dans la succession du *de cujus* la transmission d'un droit d'action contre l'auteur du dommage. Leurs recours est indépendant de celui qu'aurait pu exercer elle-même la victime de l'accident si elle avait survécu. Il en est ainsi parce que le préjudice qu'ils peuvent alléguer n'est pas du même ordre que celui dont la victime avait à se plaindre personnellement, si elle avait pu invoquer une atteinte à son intégrité physique.

Sur cette souche commune, se sont greffés des éléments de droit nouveau qui ont atténué la rigueur de l'interdiction qu'implique la règle dans son sens primitif.

Ce droit nouveau est, en France, d'origine uniquement jurisprudentielle, tandis que, dans la Province de Québec, il résulte de l'insertion dans le code d'une disposition législative profondément originale.

La provenance, tout anglaise, de cet article 1056¹ auquel nous venons de faire allusion, constitue, pour notre

1. Article 1056 : « Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède, en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants pour les dommages-intérêts résultant de tel décès. »

thèse, un point éminemment intéressant à mettre en relief. Afin de rechercher si cette enclave étrangère n'a pas nui à la cohésion des principes juridiques gouvernant la matière de la responsabilité, nous présenterons l'analyse détaillée d'une cause qui est restée célèbre dans les annales judiciaires de la province. Sa célébrité ne tient pas seulement au fait qu'elle est parvenue jusqu'au Conseil privé; elle s'explique aussi parce que ce procès a donné lieu à des discussions portant sur plusieurs principes juridiques qu'elle mettait en jeu. C'est ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de parler de la cause *Regent Taxi Co v. la Congrégation des Frères maristes*¹ à propos de l'enrichissement sans cause².

Dans cette affaire, les cours canadiennes ont eu à examiner la recevabilité d'une action portée par la Congrégation des Frères maristes pour le préjudice qu'elle a subi du fait de l'invalidation de l'un de ses membres à la suite d'un accident d'automobile. Ce préjudice consistait, d'une part, dans la privation des services, que jusqu'alors lui rendait ce Frère, et, d'autre part, dans les débours que lui avaient occasionnés les frais médicaux. Sa demande invoquait l'article 1053, qui, dans le Code de Québec, correspond à notre article 1382. La Cour supérieure, puis la Cour du Banc du Roi lui ont successivement donné gain de cause³.

Un appel est interjeté devant la Cour suprême, par la compagnie de taxis qui dénie à la Congrégation le droit d'agir pour lésions corporelles subies par l'un de ses membres, et prétend que, seule, la victime immédiate aurait qualité pour réclamer une indemnité compensant le dommage à elle causé.

Malgré le dissentiment des Juges Mignault et Rinfret, la Cour suprême d'Ottawa a rejeté cette interprétation restrictive que pourrait dicter un rapprochement avec

1. 1929, S. C. R. 650.

2. Voir *supra*, p. 127.

3. Q. O. R., 46. King Bench, 96.

l'article 1056. La majorité de la Cour a estimé que cet article ne devait pas diminuer la portée de l'article 1053, puisque ses dispositions se réfèrent exclusivement au cas de mort de la victime.

Cette décision a donné aux tribunaux l'occasion de délimiter la portée exacte du mot « autrui », contenu dans l'article 1053 (responsabilité de celui qui est en faute pour le dommage qu'il cause à *autrui*).

Le Juge en Chef Anglin pose la question de savoir s'il convient d'en restreindre l'acception à la victime immédiate, que, dit-il, M. Demogue appelle la « victime matérielle »¹ ou si les textes permettent d'indemniser tous ceux qui avaient un intérêt actuel, moral ou matériel à ce que cette faute ne soit pas commise. Il cite plusieurs arrêts dans lesquels le droit à réparation qu'ouvre l'article 1053 n'était pas restreint à la *victime immédiate* de la faute du défendeur.

Sur quelles données doit-on alors se baser pour préciser la liste des victimes plus lointaines?... D'après les règles d'interprétation posées par le Conseil privé dans la cause *Vandry*², le Code civil doit se concevoir comme un tout homogène et coordonné. Par conséquent, la lecture d'un article concernant la responsabilité ne saurait être privée de la lumière des autres dispositions contenues dans le même titre. Le Juge Anglin ne croit pas cependant qu'il convienne, en l'espèce, de faire appel à l'article 1056 pour restreindre la portée de l'article 1053, puisque l'énumération des personnes dont l'article 1056 admet la réclamation ne vaut que dans le cas de la mort de la victime.

Quelle autorité; d'autre part, faut-il accorder aux sources étrangères indiquées par les avocats, et prises en considération par les juridictions inférieures?

D'une part, la référence aux jugements qui reposent sur

1. *Traité des obligations*, t. IV, n° 528.

2. Rapport de Lord Sumner (1921, *Appeal Cases*, I, p. 265).

la loi anglaise n'apporte aucun éclaircissement sur l'interprétation des principes de droit civil, bien qu'on puisse à bon droit arguer que l'article 1056 est d'importation britannique.

D'autre part, il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on examine la jurisprudence française que le Code Napoléon ne contient aucune disposition correspondant à l'article 1056 du Code de Québec. Dès lors les arrêts des Cours françaises n'auront-ils droit à la respectueuse considération des juges canadiens que lorsqu'ils interprètent des textes de loi ayant servi de prototypes à ceux de la Province de Québec. C'est là une règle admise à la fois par la Cour suprême et par le Conseil privé¹.

Cette règle n'empêchera pas, en l'occurrence, d'interpréter l'article 1053 à l'instar de l'article 1382 français, puisque les conditions requises pour le jeu de l'article 1056 ne se trouvent pas réunies en l'espèce. Aussi, le Juge Anglin se croit-il autorisé à citer des arrêts français et belges de Cours d'appel et de cassation, ainsi que des commentaires tirés de Laurent², de Planiol³, de Sourdat⁴, de Larombière⁵, et du Code civil annoté par Fuzier-Herman et Demogue, pour conclure que le fait dommageable ouvre une action en dommages-intérêts au profit de toute personne qui a souffert un préjudice direct résultant de ce fait.

Ces notes du Juge Anglin ont été admises globalement par l'un des autres membres de la Cour qui s'est contenté de faire savoir qu'il se ralliait à l'opinion émise par le juge en chef⁶.

Par contre, le Juge Mignault s'est montré dissident en

1. Cf. cause *Mc Arthur vs. Dominion Cartridge Co*, 1905, A. C., p. 72 et 77.

2. Vol. XX, n° 534 et vol. VIII, n° 420.

3. T. II, n° 890 et 892.

4. T. I, n° 103, 659, 690, 691, 692.

5. Vol. V, n° 36, p. 713.

6. « I concur with the Chief Justice » (Juge Smith).

cette affaire. Voici les idées générales de son argumentation : Après un exposé des faits, il signale qu'on ne peut ici parler de responsabilité contractuelle engageant la Compagnie de taxis vis-à-vis de la Congrégation, puisque celle-ci n'était pas partie au contrat passé par des Frères maristes qui ne dépendaient pas de la corporation établie par la loi 50 Vict. c. 29, mais d'une congrégation de New-York. Ceux-ci avaient invité le Frère Henri-Gabriel, de Québec, à se joindre à eux dans une excursion.

La responsabilité sera donc quasi-délictuelle. Mais il reste à déterminer si l'article 1053 ouvre une action pour des dommages indirects et éloignés. La confrontation de cet article 1053 avec l'article 1056 permet d'en douter, car, si le premier était d'une portée générale et permettait d'indemniser toutes les personnes lésées directement ou indirectement, l'article 1056 n'aurait aucune raison d'être, puisqu'il est d'une portée plus restreinte. La question se pose alors de savoir s'il ne convient pas d'harmoniser les dispositions des deux textes et de réserver à l'article 1053 le cas où le fait dommageable a déterminé directement le dommage.

Evidemment, ce qui peut donner lieu à une grande incertitude dans l'interprétation de ces textes, c'est la diversité de leur origine. Ainsi, l'article 1056 vient des statuts refondus du Canada 1859, chapitre 78 qui reproduit le statut 10-11 Victoria ch. 6 (1847). Le rapport des codificateurs n'en fait aucune mention; les amendements par lesquels la législature a rectifié le projet du Code n'y font non plus aucune allusion. Par conséquent, l'interprétation de cet article est d'ordre jurisprudentiel. Elle consiste à déterminer son domaine par rapport à celui de l'article 1053; ce qui revient à donner à l'article 1053 une portée moins large qu'à l'article 1382 qui lui correspond en France, et qui permet d'indemniser toute personne lésée par une faute, parce que toute faute trouble l'ordre social.

Dans la Province de Québec, il convient, d'après le

Juge Mignault, de ne pas adopter intégralement l'interprétation française de l'article 1382, en raison de toutes les répercussions qu'entraînerait une responsabilité s'étendant « indéfiniment, et presque à l'infini, à travers les » rouages si compliqués de l'existence moderne. » Le Juge Mignault redoute l'exemple de la jurisprudence moderne française qui paraît « influencée à son insu par des considérations d'ordre social », et qui semble bien loin de la doctrine des Pothier et Domat, et tout près du système qui consiste à faire découler la responsabilité de toute activité même non fautive.

La logique dans l'interprétation de toute cette matière exige que l'article 1056 ne soit pas considéré comme en marge du Code civil, mais comme en faisant partie intégrante. Cette considération vient renforcer, dans l'esprit du juge, l'opinion que les décisions françaises ne lient pas les tribunaux de Québec. Il en rejette donc délibérément l'exemple puisque aucune disposition comparable à celle de l'article 1056 ne vient, dans le Code français, limiter indirectement la réparation à la seule personne qui a été victime « d'injures corporelles ».

L'avis du Juge Mignault est que la véritable action qui appartenait à l'intimée en raison du paiement qu'elle a effectué pour les soins médicaux et chirurgicaux donnés au Frère Henri-Gabriel aurait dû se placer sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Mais qu'il était trop tard pour l'intenter, car, en pareil cas, l'action *de in rem verso* se prescrit au bout d'un an¹. D'où le Juge Mignault conclut que : « l'appel doit être accordé, et que l'action de l'intimée » doit être renvoyée avec dépens dans toutes les cours » contre l'intimée. »

Le Juge Rinfret est également partisan de l'inapplicabilité en Québec de la doctrine et de la jurisprudence françaises en matière de responsabilité, en raison même

1. Voir à notre chapitre concernant l'enrichissement sans cause, la p. 127.

des modifications qu'apporte l'article 1056 à la généralité de l'article 1053 en matière d'« injures corporelles ». Il estime que l'article 1056 a restreint et limité le recours qui pouvait appartenir antérieurement au code à ceux qui subissaient des dommages à raison d'« injures corporelles » infligées à une personne. Sinon, il serait manifestement illogique de considérer que l'article 1053 permet d'accorder dans le cas de survie l'indemnité que l'article 1056 refuse en cas de mort. Par conséquent, la présence même de l'article 1056 exige que les dommages-intérêts compensatoires du préjudice corporel ne puissent être recouvrés que par la victime contre qui le délit ou quasi-délit a été commis : « Ce n'est que si la victime décède sans avoir obtenu ces » dommages-intérêts qu'une responsabilité limitée existe à » l'égard de certains proches mentionnés dans l'article. »

Le Juge Rinfret signale ensuite la singularité de cette action : Depuis 1867 (mise en vigueur du Code civil) jamais semblable demande n'avait été introduite en justice. Puis le Juge Rinfret élève le débat et remarque que le souci du législateur de limiter le droit de poursuivre, en matière « d'injures corporelles », se retrouve dans la loi concernant les accidents du travail (Statuts de Québec, 1928 c. 79) qui n'accorde de recours qu'à la victime, au conjoint survivant, aux enfants, aux ascendants et descendants dont la victime était le principal soutien¹.

Estimant que les dommages subis sont indirects et trop éloignés, le Juge Rinfret conclut au rejet de l'action².

Le Juge Lamont fait ensuite connaître son sentiment : Il estime que l'article 1056 n'a pas lieu d'être invoqué dans cette cause, puisqu'il n'y a pas eu décès de la victime. D'après lui, tel serait le seul cas dans lequel pourrait être limitée la portée de l'article 1053. Dès lors, aucune bonne

1. Un tel raisonnement par analogie n'a pas été retenu par la jurisprudence française, et cependant notre loi sur les accidents du travail contient également une énumération des personnes admises à présenter un recours.

2. *Canada Law Reports Supreme Court*, 1929, p. 708.

raison ne subsiste pour restreindre à la seule victime du dommage l'acception du mot « autrui » que comporte l'article 1053.

Analysant les rapports qui unissent la victime à sa congrégation, le Juge Lamont dégage l'idée qu'on ne peut y voir un lien légal entre maître et serviteur. Une telle circonstance, en effet, aurait été de nature à mettre un obstacle à l'action. Aussi le juge termine-t-il son exposé en demandant que soit admis l'appel pour la demande en dommages-intérêts concernant les pertes de services. Ce faisant, il repousse l'autorité de certaines décisions et de certains juristes français affirmant qu'il n'était pas nécessaire d'établir une relation contractuelle pour donner droit à recouvrer une compensation de la perte de services. A ce propos, le Juge Lamont rapporte la règle telle qu'elle a été édictée dans la cause Vandry par Lord Sumner, qui, déjà, s'autorisait d'une cause débattue en 1905, pour rejeter l'autorité de sources françaises¹.

Le Conseil privé a réformé le jugement de la Cour suprême le 25 janvier 1932.

Son avis est que la prescription s'opposait à l'action de la communauté en dommages-intérêts pour « injures corporelles ». Il serait étrange que le droit d'un tiers, en cette matière, pût s'exercer plus longtemps que celui de la victime elle-même². Toutefois, les dommages-intérêts qui ont déjà été versés par la compagnie, conformément aux jugements précédents, ne seront pas recouvrables par elle...

Si nous avons cru devoir reproduire ici le processus de la pensée des juges, telle que les circonstances de cette cause lui ont donné l'occasion de s'exprimer, ce n'est pas seulement dans le dessein de montrer au lecteur français l'originalité de ces « notes » de juges, qui, parfois, peuvent

1. *Mc Arthur vs. Dominion Cartridge Co*, A. C. 72, p. 77.

2. L'action de la victime étant régie par l'article 2262, la prescription est d'un an; celle de la communauté découlant de l'article 1053 serait de deux ans.

remplir une quarantaine de pages; c'est également parce qu'elles projettent des lumières diverses sur ce fameux article 1056.

Plusieurs juges ont mentionné son origine anglaise. Une cause *Fauvelle v. Guérin*¹ nous fournit de plus amples renseignements sur ce sujet : L'Honorable Juge Fabre-Surveyer, qui, dans cette cause, siégeait à la Cour supérieure, précise que l'article 1056 provient de la loi 10-11 Vict. ch. 6 qui, elle-même, reproduisait, sans grands changements, un Statut Impérial de l'année précédente². Le préambule de ce Statut impérial témoigne d'une lacune à combler en Angleterre : « Attendu qu'aucune action en » droit ne peut être portée contre une personne qui, par » son fait dommageable, sa négligence, ou une omission » de sa part, peut avoir causé la mort d'une autre personne, » et qu'il est souvent juste et raisonnable que le coupable, » dans un tel cas, fût responsable en dommages-intérêts » pour le mal qu'il a causé... »

Une telle raison justifiait hautement l'institution d'une action permettant aux proches de la victime d'obtenir des dommages-intérêts. Le souci d'établir, dans une certaine mesure, l'uniformisation du Droit dans le Haut et le Bas-Canada a fait adopter, par les législatures des Provinces de l'Ontario et de Québec, un texte commun calqué sur le statut anglais.

Certes, en Ontario, ce texte pouvait s'harmoniser avec la Common Law qui y est en vigueur. Mais en Québec, il rentrait plus difficilement dans le cadre des principes généraux gouvernant, en droit civil, la matière de la responsabilité. Déjà, antérieurement à cette loi, l'action intentée par la victime pour les blessures reçues n'apportait aucun obstacle à un recours formé par sa femme ou ses proches pour la perte que sa mort leur avait fait subir. On considérait qu'il

1: *Rapports de Pratique de Québec*, t. XXXVIII, p. 33.

2: 9, 10, Vict., ch. 97, en 1846.

y avait là deux droits différents, permettant d'intenter deux actions distinctes¹.

Se juxtaposant à un principe d'une portée très large², le texte restrictif de l'article 1056 ne pouvait manquer de paraître hybride et de poser aux juges des problèmes d'interprétation. La solution de ces problèmes n'était rendue que plus malaisée par la provenance particulière de la disposition nouvelle. Encore cette provenance n'est-elle pas absolument certaine, puisque nous la voyons mettre en doute par le Juge Jetté dans la cause *Jeanotte v. Couillard*³.

Voici l'opinion qu'il exprimait à ce sujet en 1894 : « L'article 1056 de notre Code a donné lieu déjà, dans plusieurs circonstances, à l'application des principes, soit du Droit français, soit du Droit anglais, tels qu'édictés par le Lord Campbell's Act. Je puis dire, en passant, que cet article 1056 a une origine un peu obscure dans notre code. Si l'on consulte l'édition officielle, on voit qu'au bas de l'article 1056 il n'y a absolument rien de cité qui puisse indiquer la provenance de cet article. »

Le Juge Jetté va même jusqu'à retrouver des traces de l'article 1056 dans l'Ancien Droit, dont les principes reconnaissent la juxtaposition des dommages réels et des dommages exemplaires. Cette dualité expliquerait la double nature de la réparation civile qui « participe à la fois de la dette et de la peine ». Quelle que puisse être la véracité de son argumentation, elle présente un point intéressant en ce qui concerne la genèse de l'article 1056 : Il rappelle que cet article ne faisait pas partie du premier projet soumis par les codificateurs à la législature. Ceux-ci ne l'ont introduit que lors de la rédaction finale du Code. Sous l'empire de quelle influence?... C'est ici que chaque inter-

1. Juge Taschereau dans cause Robinson, 1887, C. R., p. 127.

2. L'article 1053, dont on ne saurait trouver l'équivalent en droit anglais. Cf. Pollock, *Law of Torts*, p. 21.

3. 1894, K. B. 470.

prête peut laisser libre cours à son sentiment personnel, car le rapport des codificateurs ne contient aucun éclaircissement à ce propos.

Ainsi, le Juge Jetté est-il persuadé que les codificateurs se sont inspirés de la cause *Ravary v. le Grand Tronc*¹ qui a été tranchée par la Cour d'appel, un an avant la rédaction du Code civil. Ce sentiment lui est-il dicté par le désir de se rallier à un tel précédent qui rejetait l'autorité de décisions anglaises, pour l'interprétation du statut canadien² qui, cependant, était copié sur un statut anglais?... Le Juge Aylwin y faisait remarquer qu'il convenait avant tout de tenir compte de l'état antérieur du Droit en vigueur. Celui-ci, à son sens, est de nature à justifier certaines divergences locales qui peuvent ensuite se faire jour dans l'interprétation. Raisonnant sur un statut particulier, le Juge Aylwin³ était enclin à lui accorder, dans le Bas-Canada, une portée plus large que celle dont les Cours d'Angleterre et du Haut-Canada l'ont revêtue. L'incorporation d'un statut nouveau dans un corps de Droit ne se justifie, en effet, que s'il y ajoute quelque chose.

C'est cette considération qui avait incliné les Juges Rinfret et Mignault⁴ à penser que l'article 1056 devait exercer des répercussions sur toute la logique du Droit de la responsabilité, et, par conséquent, éclairer d'un jour nouveau la portée de l'article 1053. Sinon, en effet, l'auteur d'un accident mortel serait plus favorisé que celui qui aurait seulement blessé la victime, le premier⁵ étant à l'abri de certains recours⁶ qui pourraient s'exercer contre le second⁷.

1. 6, L. C. J., 58.

2. 1, L. C. J., 280.

3. Canadien d'origine anglaise.

4. Voir *supra* l'exposé analytique de leurs notes dans la cause *Regent Taxi*.

5. En vertu de l'article 1056.

6. De la part du frère de la victime, par exemple.

7. Aux termes de l'article 1053.

Peut-être, y a-t-il lieu de remarquer que ces deux juges étaient les seuls membres de la Cour suprême qui fussent originaires de la Province de Québec. Leur culture juridique leur avait enseigné à considérer le Droit civil comme un ensemble cohérent. Les autres juges provenaient des provinces canadiennes soumises à la Common Law, et l'éducation qu'ils avaient reçue leur avait surtout appris à subtilement analyser les statuts dans leur contenu intrinsèque. Toutefois, il serait injuste de les taxer de partialité, et, nous avons vu le Juge Anglin repousser l'autorité de causes anglaises qui étaient de nature à le guider dans l'interprétation de l'article 1056. Ce faisant, il rompait délibérément avec l'attitude inverse adoptée par la Cour suprême dans la cause *Robinson v. C. P. R.* en 1887¹.

Le Juge Taschereau, qui présidait la Cour suprême à cette époque, avait insisté, dans ses notes, sur la similitude entre l'article 1056 et la loi anglaise. Puis il avait invoqué l'autorité de deux décisions du Conseil privé², qui avaient énoncé une règle générale et catégorique à ce sujet. En voici une traduction : Quand une législature coloniale a passé un acte dans les mêmes termes qu'un statut impérial, c'est comme si la loi anglaise était incorporée à la loi de la colonie. Dès lors, les juridictions coloniales doivent se conformer à l'interprétation donnée à la loi anglaise par les Cours d'Angleterre.

Le Juge Taschereau soutient ensuite qu'un même statut ne saurait octroyer une réparation plus considérable dans une province que dans l'autre. A l'appui de ses dires, il invoque l'exemple de l'Ecosse, qui n'est pas non plus soumise à la Common Law, mais possède un droit codifié. Or, dit-il, nul ne soutiendrait qu'un statut qui lui est applicable, puisse être doté de significations différentes en Angleterre et en Ecosse.

1. 14, *Canada Supreme Court Reports*, p. 106.

2. *Trimble vs. Hill*, 5, *Appeal Cases*, p. 342; *City Bank vs. Barrow*, 5, *Appeal Cases*, p. 664.

Ces arguments n'ont pas recueilli les suffrages du Conseil privé, qui a infirmé la sentence rendue en Cour suprême¹. Les Lords estimèrent, en effet, que le langage du Code n'était nullement ambigu; que le sens parfaitement clair de ses articles ne réquerait pas une interprétation conforme à celle qu'auraient pu adopter, pour un statut analogue, les Cours d'appel d'Angleterre.

L'autorité de cet avis est incontestable, puisqu'il émane de l'assemblée judiciaire qui détient le droit du dernier mot. Et la composition tout anglaise de cette assemblée donne d'autant plus de poids à un tel avis, concernant l'autorité des décisions anglaises.

Cette parole informait les juges canadiens qu'ils jouissaient d'une grande liberté d'appréciation quant à la portée des textes du Code civil, et qu'ils n'étaient nullement contraints de chercher un guide dans les annales judiciaires de l'Angleterre...

Le champ était-il donc libre au juge pour lui permettre de créer? — Oui, certes, si l'on donne à ce mot une acception assez restreinte qui équivaldrait, en quelque sorte, à une hiérarchisation des textes dont les dispositions ne sont pas directement conciliables. La cause *Regent Taxi* nous a montré les domaines respectifs que les juges ont décidé de réserver aux articles 1053 et 1056.

D'autres problèmes se sont posés aux juges, qui ont concerné non plus la conciliation des deux textes, mais le contenu intrinsèque de l'article 1056. On a pu se demander s'il convenait d'en étendre le bénéfice à des personnes que la lettre de l'article ne mentionnait pas. Un raisonnement par analogie était-il possible en pareille occurrence? — Voici, par exemple, le cas d'un frère de la victime qui intente un recours contre l'auteur de l'accident², pour se faire rembourser les dépenses que lui avaient occasionnées

1. 1892, *Appeal Cases*, p. 487.

2. Cause Fauvelle vs. Guérin, 38, *Rapports de Pratique*, 33.

les funérailles. Il a été débouté dans son action en raison des termes formels de l'article 1056.

En France, il n'y avait pas lieu d'invoquer la présence d'un texte pour mettre obstacle à la recevabilité d'une demande semblable. Mais la jurisprudence aurait pu parvenir au même résultat en s'inspirant d'un système juridique élaboré par la doctrine¹. Parmi les conditions de l'exercice du recours, elle aurait pu exiger, en effet, soit la preuve qu'un droit a été lésé, soit la certitude de l'intérêt invoqué. A ces deux formules, se serait heurtée l'absence d'obligation civile unissant les frères et sœurs. Que si les uns fournissent aux autres des subsides, c'est par bonne volonté. C'est là une obligation naturelle. Aucune loi ne les obligeant à assumer une telle charge, ils peuvent y mettre fin à leur gré.

Comment, dès lors, ceux qui reçoivent des subsides aussi aléatoires peuvent-ils alléguer devant le tribunal un préjudice certain, et en demander la compensation à l'auteur de l'accident où a péri leur bienfaiteur? — La jurisprudence admet cependant de tels recours. Citons à titre d'exemple, un arrêt récent rendu par la Cour de cassation (Chambre criminelle, 31 octobre 1930)² qui sanctionnait la recevabilité d'une action portée par la belle-sœur de la victime. D'ailleurs, il y a lieu de noter combien la Cour a insisté sur certaines circonstances qui incitaient particulièrement à présumer que le préjudice était « certain »... Le lecteur en jugera, d'après cet attendu : « Que le sentiment désintéressé qui inspirait Delmas (le beau-frère de la requérante) » et, d'autre part, la gravité et le caractère définitif de la » situation de la demoiselle B. (qui était impotente) constituaient des garanties sérieuses de durée de l'assistance » qu'elle recevait de son beau-frère. »

Cet arrêt de 1930 n'est-il qu'une étape dans une évolution, ou bien consacre-t-il une attitude nouvelle?

1. Cf. Marty (note sous S. 1931.1.146).

2. S. 1931.1.149.

En faveur de cette seconde solution, on pourrait citer quelques arrêts de cours d'appel, qui, à des dates très différentes, ont refusé tout recours aux frères et sœurs de la victime, eu égard à l'absence d'obligation alimentaire¹. Mais, d'après les tables de jurisprudence, ces arrêts ne forment qu'une faible minorité. La plupart des Cours d'appel ont préféré ne pas risquer une cassation, et ont cru plus sûr de s'abriter sous l'égide d'une décision de la Chambre criminelle de 1863, et qui peut bien passer pour un arrêt de principe en la matière². Nombre d'entre elles ont même emprunté la formule très large par laquelle la cour de cassation manifestait dans cet arrêt l'intention de n'exiger aucune condition touchant la nature du lien qui unit le requérant à la victime. L'espèce à propos de laquelle avait été rendu l'arrêt du 20 février 1863 illustre le cas des recours portés par les frères et sœurs de la victime.

Mais la formule était si extensible que la jurisprudence n'a pas manqué de lui faire déborder un tel cadre, et de l'adapter à d'autres circonstances dans lesquelles le requérant ne pouvait arguer non plus d'une créance civile justifiant un intérêt d'ordre pécuniaire à son action.

C'est dans une situation de cet ordre que se trouve un enfant adultérin, dans ses rapports avec son père. La société, voulant ignorer une telle filiation, n'a institué aucune obligation alimentaire à la charge du père responsable d'une naissance qu'il ne peut avouer. Citons le cas concret qui s'est posé devant les tribunaux, il y a moins de dix ans : Un enfant adultérin nommé Serre intentait un recours contre l'auteur de l'accident qui, en mettant fin aux jours de son père, avait anéanti pour lui une source de subsides

1. Cour de Besançon, 14 novembre 1888 (D. 1890.2.239); Cour de Grenoble, 10 novembre 1905 (D. 1905.2.479); Cour de Caen, 20 juin 1923, etc...

2. S. 1863.1.321. Les frères et sœurs du sieur Dillon tué en duel par le duc de Caderousse-Grammont exerçaient contre ce dernier un recours en dommages-intérêts. La Cour a rejeté le pourvoi qui alléguait une violation du principe que ceux-là seuls ont le droit de réclamer des indemnités pour le meurtre d'un parent, qui auraient eu le droit corrélatif d'obtenir des aliments. »

quasi-assurée¹. La Cour de Paris, dans son arrêt du 7 mars 1928, s'est bien gardée de dire, à propos de tels subsides, bénévolement accordés, que l'enfant adultérin était en droit de compter sur leur permanence. Un tel arrêt eut été cassé par la Cour suprême, puisqu'un père adultérin n'est pas civilement tenu d'acquitter une telle dette.

Et si la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, c'est parce que la Cour d'appel avait mis en vedette que les libéralités « revêtaient un tel caractère qu'on ne pourrait imaginer qu'elles eussent cessé si l'accident mortel survenu à Guilloteau ne les avaient interrompues »... La Cour de cassation ajoutait : « Qu'en décidant, » en l'état de ces constatations, que ledit accident avait » causé à Serre un préjudice direct et incontestable, pour » lequel il avait droit à réparation, la Cour d'appel n'a » commis aucune violation de l'article 1382 du Code civil » aux termes duquel il est fait exclusivement état, pour » l'allocation des dommages-intérêts, du préjudice direct » et actuel subi par celui qui en poursuit la réparation. »

Comment un problème analogue aurait-il été résolu dans la Province de Québec?... Une cause récente permet aisément de le déduire, en tenant compte du fait qu'elle s'est posée en des circonstances moins aggravantes, puisqu'il s'agissait d'une filiation naturelle simple.

Cette cause (*The town of Montreal west v. dame Sarah Hough*) posait la question de savoir si une mère naturelle pouvait intenter un recours en dommages-intérêts en raison d'un accident dont était mort son fils illégitime².

Il est à remarquer que les premières cours devant lesquelles s'était plaidé ce procès, avaient admis sa demande; car le défendeur n'avait pas invoqué devant elles le moyen qui a prévalu devant la Cour suprême. C'est justement à cause de la variété des moyens invoqués que cette cause

1. Cass. crim., 10 janvier 1929 (*Gaz. Pal.*, 1929.1.290).

2. 1931, S. C. R., p. 113.

nous paraît intéressante à plus d'un titre, et que nous croyons bon d'en approfondir quelque peu l'analyse :

La Cour supérieure¹ avait condamné la ville de Montréal comme responsable de la négligence de ses employés qui avaient causé l'accident mortel.

Le montant des dommages-intérêts qu'elle accordait a été réduit par la Cour du Banc du Roi. Mais l'unanimité des juges ne s'est pas trouvée d'accord sur la question de responsabilité. La dissidence de l'un des juges² s'explique parce qu'il estimait qu'il y avait faute contributoire de la victime. Dès lors, on eût dû procéder à une réduction plus considérable des dommages-intérêts par application de la théorie de la faute commune. L'autre juge dissident a fait valoir qu'il s'agissait en l'occurrence d'un *solatium doloris*, lequel n'est pas admis dans la jurisprudence de Québec. En effet, la mère naturelle de la victime ne pouvait arguer d'un préjudice pécuniaire puisque la loi, dans la filiation illégitime, ne lui donnait droit à aucune pension alimentaire qu'eût dû lui verser son fils.

Il semble que cet argument aurait dû paraître d'un grand poids, car il répondait aux tendances de la jurisprudence en matière de *solatium doloris*. Néanmoins, il n'a pas été retenu par la majorité de la Cour.

Et, à la Cour suprême, il n'a pas fait l'objet non plus d'un long débat, car la discussion a porté sur une autre question qui a surgi au cours de l'argument. Ce sont, semble-t-il, les juges qui l'ont soulevée, et non pas l'appelante.

Les juges de la Cour suprême ont limité leur champ d'investigation à l'interprétation de l'article 1056. Et ils ont unanimement conclu qu'elle devait être douée d'une portée restrictive. L'énumération que contient cet article comprend le recours de la mère parmi les personnes admi-

1. 1929, *Quebec Reports, Superior Court*, t. LXVII, p. 322.

2. 1930, Q. R., 48, K. B., 456.

ses à intenter une action en dommage. Mais la mère naturelle pouvait-elle bénéficier des mêmes droits que la mère légitime ? Devait-on les lui accorder par analogie entre les deux situations ? Tel a été le champ du débat.

Le Juge Rinfret a fait remarquer que la Cour ne pouvait se référer en cette matière ni à des précédents de la province (car aucune décision n'était intervenue pour régler la question) ni au rapport des codificateurs, car ceux-ci sont muets sur l'origine de l'article 1056. Aussi a-t-il fallu faire appel à la tradition pour examiner si le langage juridique du pays comprenait le mot « mère » avec la double acception « soit légitime, soit naturelle ». Les articles relatifs aux successions témoignent que le mot « enfant » signifie exclusivement « enfant légitime ». Par conséquent, toute l'économie du Code civil « est édictée sur le principe de la légitimité de » la filiation... » Le même langage juridique se décele dans la loi sur les accidents du travail¹. Le Juge Rinfret invoque, en outre, la tradition historique et doctrinale, en citant Ferrière, Merlin, Pothier et Laurent.

Le Juge Cannon prend nettement position en s'autorisant de l'ordre public et des bonnes mœurs dont il entend assurer la sauvegarde, et qu'il définit en cette formule : « Aussi » longtemps que notre législation conservera le christianisme et sa morale comme base, et réprouvera l'union » libre, je suis d'avis qu'il faudra limiter aux père et mère » d'enfants légitimes le recours de l'article 1056. »

Dans la Province de Québec, cette conception de l'ordre public était restée inchangée depuis de longues années. Et le Juge Cannon pouvait bien citer comme encore d'actualité une formule qui datait de 1852 et qu'il empruntait à la Cour de Bordeaux². « Dans le langage de l'homme, comme dans » le langage de la loi, ne sont pas présumés faire partie de » la famille, des enfants naturels qui ne peuvent naître » que d'une union réprouvée par la morale... »

1. S. R. Q., 1925, p. 274.

2. S. 1852.2.35.

Une telle conception serait-elle encore de mise aujourd'hui en France? Sa rigueur ne s'est-elle pas atténuée depuis lors?... Et les juges qui, depuis quatre-vingts ans se sont succédé au Palais, n'ont-ils pas assisté, sans sourciller à une diminution progressive de la place importante qu'occupait jadis la morale dans le Droit?

A cette question éminemment fuyante, on pourra néanmoins apporter une réponse concrète, qui, évidemment, ne la résoudra pas dans sa totalité. Elle nous sera fournie par l'examen du recours de la concubine qu'elle exerce contre l'auteur de l'accident qui a mis fin aux jours de son compagnon. Au cours de ces dernières années, les tribunaux ont témoigné à son égard une tolérance indéniable. A telle enseigne qu'on a pu leur reprocher de déprécier quelque peu leur mission de vigilance auprès des institutions sacrées du Droit familial. Il semble que le Conseil d'Etat ait plus strictement assumé une telle fonction. Et pourtant, ce n'était pas là un rôle qui fût spécialement imparti à la jurisprudence administrative, car celle-ci puise sa raison d'être dans des considérations d'un autre ordre.

Bien qu'elle jouisse de pouvoirs créateurs autrement compréhensifs que les juridictions civiles, la jurisprudence administrative ne s'est jamais autorisée à adopter, à leur exemple, une attitude aussi délibérément en marge des « bonnes mœurs ». Nous n'en voulons citer pour témoignage que l'arrêt *Demoiselle Rucheton*¹. Le Conseil d'Etat s'y est montré catégorique dans le refus qu'il a opposé à la demande d'une concubine parce qu'aucun lien juridique ne l'unissait à la victime. La preuve qu'elle n'était munie d'aucun droit, le Conseil d'Etat la recueille dans l'impossibilité où se trouve la concubine de réclamer le secours alimentaire prévu pour la femme mariée par les articles 212 et 214 du Code civil.

Si maintenant l'on rapproche cet arrêt de celui que ren-

1. S. 1928.3.97.

daît la Chambre criminelle le 26 novembre 1926, on ne peut s'empêcher de remarquer que celle-ci s'est montrée bien plus désinvolte à l'égard des textes auxquels s'est référé le Conseil d'Etat sans y être nullement contraint.

Mais, comme la Cour de cassation est obligée de motiver en droit sa décision, elle invoque la généralité des termes de l'article 1382 pour faire valoir l'absence de restrictions s'opposant aux recours en responsabilité. Elle admet en outre que la durée des relations (28 ans) puisse conférer à la concubine un titre lui permettant d'introduire sa demande en justice.

Ainsi une circonstance de fait se trouvait-elle munie d'une force génératrice d'un lien de droit, et la notion de droit acquis était-elle quelque peu déformée par la Cour qui l'abaissait à celle d'intérêt lésé, sans rechercher s'il est ou non reconnu par la loi. Une telle tolérance ne saurait, à coup sûr, trouver de justification plausible dans l'évolution des mœurs, car la mission des cours et tribunaux consiste bien plutôt à réfréner celles-ci qu'à se laisser gagner par leur entraînement.

Et, cependant, l'exemple donné de haut n'a pas tardé à être suivi : Le tribunal correctionnel de la Seine, dans son jugement du 12 février 1931, accordait à une concubine l'indemnité qu'il refusait à l'épouse légitime, sous prétexte que seule la première des deux était entretenue par la victime.

La Cour de Lyon, dans son arrêt du 12 mars 1936, pouvait bien se croire autorisée à émettre le point de vue suivant : « Pour qu'un dommage soit considéré comme » certain, il n'est point nécessaire que cette certitude soit » absolue, qu'elle peut résulter de simples probabilités, que, » notamment, en matière de concubinage, nonobstant son » caractère précaire, il suffit pour la faire naître qu'il soit » permis de considérer, au vu des circonstances de la cause, » que les secours fournis par le concubin à sa concubine » avaient les plus grandes chances d'être durables¹. »

1. *Moniteur de Lyon*, 27 octobre 1936.

C'est encore sous cet angle que la Cour d'appel de Paris a envisagé la question lorsque le 10 juin 1936, elle reconnaissait à une concubine le droit de recevoir des dommages-intérêts en compensation du préjudice pécuniaire¹ qui résultait pour elle de la mort accidentelle de son concubin... et, cela parce que le « lien l'ayant unie à ce dernier dont elle » recevait des subsides destinés à assurer son entretien, » offrait des garanties suffisantes de stabilité et de durée² ».

Tel se trouvait donc l'état de la jurisprudence jusqu'à ces derniers mois. Et ses conséquences étaient de nature, on le conçoit, à inquiéter certains juristes. Ceux-ci sont actuellement rassérénés par le revirement qu'a consacré la Chambre criminelle dans son arrêt du 13 février 1937. C'est au conseiller J.-A. Roux que revient l'honneur de ce salubre changement d'attitude. Le magistral rapport qu'il a présenté inspire directement l'attendu par lequel la Chambre criminelle fixe désormais la solution qu'elle entend réserver à de semblables litiges³.

La conclusion du rapport tendait à proclamer l'impossibilité pour la concubine d'obtenir une réparation. Elle résulte d'une argumentation juridique très substantielle dont l'idée directrice consiste à exiger, pour l'exercice du recours soit la lésion d'un droit acquis, soit les qualités de certitude et de légitimité affectant le préjudice dont il est demandé réparation. C'est ainsi qu'il convient de fixer le sens de l'article 1382 si l'on cherche à « mettre dans la loi » tout ce qui y est, mais rien de plus ». Or, c'est restreindre son contenu que « limiter le cercle des personnes qui » peuvent réclamer une indemnité à raison de la mort » d'une autre personne, à celles seulement qui avaient une » créance alimentaire vis-à-vis de celle-ci... Ce n'est pas

1. La concubine se verrait opposer une fin de non recevoir si elle invoquait un préjudice moral, car sa douleur « prend sa source dans une union libre, contraire aux règles fondamentales de l'organisation de la famille issue du mariage ».

2. *Gaz. Pal.*, 1936.2.355.

3. *S.* 1937.1.159.

» davantage mettre dans la loi tout ce qu'elle contient que
» de prétendre en restreindre les dispositions aux seules
» personnes parents ou alliés de la victime ».

Le rapporteur signale ensuite les théories échafaudées par delà le code, et qui lui font dire plus qu'il ne contient :

« C'est lui ajouter quelque chose que de substituer à la
» certitude du préjudice éprouvé sa simple probabilité...
» C'est encore mettre dans la loi plus qu'il y est que de se
» contenter pour l'application de l'article 1382 de la lésion
» d'un simple intérêt... »

Cette interprétation est savamment construite et douée d'une netteté irréprochable. Mais des arguments d'un autre ordre et qui lui étaient adjoints ont dû également peser dans l'esprit des conseillers : M. Roux dénonçait le danger qu'il y aurait à conférer aux juges du fond un pouvoir souverain en la matière. La Cour de cassation ne remplirait pas sa mission d'unification si elle dérobaient son contrôle à l'examen de ces questions sous prétexte qu'elles se cantonnent dans le domaine des faits. C'est apparemment ce qu'il entend par ces termes : « Suivant les régions ou l'esprit des
» cours, la condition de la concubine serait différente : ici,
» on lui reconnaîtrait ce qu'on lui refuserait ailleurs. Cette
» condition ne doit pas dépendre du sentiment des juges,
» mais de la loi seule. »

En outre, le conseiller rapporteur faisait appel à un raisonnement qui ne pouvait passer inaperçu dans une enceinte où tant de fois avait été proclamée la règle : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Il faisait allusion à la situation que les concubins se créent volontairement hors la loi : « Ils ne sauraient tirer
» d'une tolérance un droit à une protection ; s'étant affranchis du Droit civil, ils sont mal venus à s'en réclamer pour
» faire protéger le foyer qu'ils ont créé en dehors de lui. »

Quelques mois après que la Chambre criminelle eût rendu son arrêt ; la Chambre civile était saisie d'un pourvoi qui

lui posait un problème analogue¹. Sa décision se ressent très nettement de l'influence exercée par le rapport de M. Roux; peut-être même en a-t-elle accentué la vigueur. Elle se refuse catégoriquement à voir dans le concubinage autre chose qu'une situation de fait. A son sens, il ne serait pas juridique qu'elle pût engendrer des droits à l'encontre des tiers. Et si l'octroi des subsides peut rentrer dans l'acception d'obligation naturelle, celle-ci ne saurait, par l'effet d'une novation, revêtir l'efficacité d'une créance civile qui permettrait d'intenter un recours en responsabilité contre l'auteur de l'accident. La Cour insiste sur le caractère irrégulier des relations. Elle refuse d'accorder la protection juridique à des intérêts illégitimes.

Tel est donc le dernier mot dit en cette matière. On peut être heureux de constater qu'il traduit une attitude plus respectueuse des principes directeurs de nos institutions. Et, s'il convient de s'en féliciter, ce n'est pas seulement au nom de la morale, c'est aussi pour la satisfaction que vient d'apporter la Cour à l'esprit de logique, tant il est vrai que : « La loi ne peut, sans se contredire, sanctionner ce qu'elle désapprouve². »

Notons enfin que cette attitude rapproche la jurisprudence française de celle de Québec qui s'est toujours montrée plus restrictive dans l'octroi des recours en dommages-intérêts, non seulement à cause de l'interférence apportée par l'article 1056 à l'interprétation de l'article 1053, mais aussi parce qu'elle a tenu à conserver une conception plus stricte des bonnes mœurs.

II. Le dommage moral.

L'ouverture d'un recours en responsabilité peut progressivement s'élargir pour deux causes différentes :

1. Cass. civ., 27 juillet 1937 (D. H. 1937, p. 437).

2. Citation empruntée au rapport de M. Roux, S. 1937.1.156.

D'une part, les tribunaux peuvent conférer le droit d'action à un nombre plus ou moins considérable de requérants. C'est la question que nous avons exposée dans le paragraphe précédent.

D'autre part, il leur est loisible d'envisager à tel ou tel point de vue le préjudice dont ils accordent la réparation. Une alternative se pose à la justice : Doit-elle ou non limiter son droit de regard au préjudice pécuniaire?... Le paragraphe dont nous entamons l'étude aura pour objet les solutions concrètes apportées à ce problème par les jurisprudences de France et de Québec. Une partie de ces solutions sera éclairée par l'étude que nous venons d'achever, car en Québec, l'interprétation de l'article 1056 Code civil donne la clef de certaines considérations justifiant le refus qu'oppose la jurisprudence canadienne à la réparation du dommage moral. Ainsi les deux questions sont-elles liées étroitement : C'est de la restriction apportée à l'ouverture du recours que l'on a pu découvrir comme y étant implicitement contenu le refus d'accorder une indemnité compensatrice de la douleur.

Le processus de cette déduction a été clairement dégagé par le juge Taschereau qui présidait la Cour suprême lorsqu'en 1887, celle-ci a dû statuer dans la cause *Robinson*¹ :

Le raisonnement prend son point de départ dans le refus qu'oppose l'article 1056 au recours exercé par les héritiers de la victime lorsque celle-ci a déjà reçu une indemnité de son vivant. Par conséquent l'article 1056, à l'instar de l'Acte de Lord Campbell, substituait une seule action aux deux droits distincts qui, auparavant, pouvaient être exercés cumulativement.

Un même recours en justice ne peut avoir qu'une seule cause, or la victime qui avait le droit d'intenter une action de son vivant, n'a pu logiquement présenter une demande pour la douleur causée à ses proches par sa propre mort.

1. *Rapports de la Cour suprême du Canada*, t. XIV, p. 105.

Outre cet argument de texte, le juge en chef faisait valoir son désir de rallier sur ce point les causes soulevées en Québec à l'exemple donné par la jurisprudence de l'Ontario. N'était-ce pas, en effet, le souci d'établir cette uniformité qui avait dicté au législateur l'insertion de l'article 1056 ? Or, pas plus qu'en Angleterre, les tribunaux de l'Ontario n'ont admis que l'évaluation pécuniaire d'un préjudice moral ait jamais pu être présentée à leur barre. S'il en est différemment en Ecosse, c'est assurément parce que l'Acte de Lord Campbell n'y est pas applicable. A la Cour du Banc de la Reine, en 1860, il a été fait allusion à cette particularité de la loi écossaise, et le Juge Aylwin était d'avis que nonobstant l'Acte de Lord Campbell, une imitation des systèmes juridiques consacrés en Ecosse se justifiait pour la Province de Québec par la similitude de ces deux pays en ce qui concerne l'adoption d'un Droit civil¹. De la part du Juge Aylwin, c'était ressentir la profondeur du fossé qui se creuse entre la Common Law et le Droit civil. Il estimait qu'en dépit de l'imitation anglaise qui avait pu présider à l'élaboration du statut, l'interprétation jurisprudentielle pouvait fort bien différer. Par contre, le Juge Baddley exprimait sa dissidence dans cette affaire en se montrant pleinement opposé à une imitation du solatium écossais. A son sens, la jurisprudence de Québec n'avait aucune direction à recevoir de celle qui émanait des tribunaux d'Ecosse. Toutefois cette opinion restait isolée et la majorité de la Cour, dans l'affaire Ravary confirmait une appréciation portée en première instance et qui, dans l'octroi des dommages-intérêts, tenait un très large compte du préjudice souffert par une veuve dans son affection : Un accident de chemin de fer avait tué son mari qui conduisait une voiture à cheval. L'estimation de la voiture et du cheval ne dépassait pas £ 19. Or le jury lui accordait £ 319. C'était manifestement admettre un *pretium doloris*.

1. Cause Ravary vs. The G. T. R. (6, L. C. J., p. 49).

Cette cause, antérieure au Code, il faut bien le dire, n'a retenu l'attention du Juge Taschereau, siégeant dans l'affaire *Robinson* que pour lui donner l'occasion de la critiquer. Il est à remarquer, du reste, que les Cours d'appel de la province s'étaient montrées assez favorables à l'octroi d'un *pretium doloris* jusqu'au jour où la Cour suprême lui a opposé son veto. Et la cause *Robinson* revêt en cette matière la valeur d'un arrêt de principe¹.

Il y a lieu de signaler parmi les motifs d'un tel veto une considération qui avait rencontré d'éloquents défenseurs dans les milieux juridiques français au courant du XIX^e siècle. Les juges canadiens répugnent en quelque sorte à taxer l'affliction en monnaie trébuchante. Ils entrevoient tout ce que peut avoir de pénible un marchandage où chacun des avocats étiquette, soupèse et déprécie les sentiments les plus délicats de la partie adverse.

Les tribunaux canadiens se montraient peu enthousiastes pour l'octroi d'une indemnisation pécuniaire des préjudices moraux pour une raison qui n'est plus seulement de principe, mais qui se rattache à la réalisation pratique de cette compensation si elle était une fois admise. Ce sont les difficultés d'évaluation auxquels ils se seraient heurtés qui entraient également en ligne de compte dans leur refus d'accorder un *solatium doloris*. La douleur n'a pas de prix, et, par crainte d'en fixer le taux à une somme dérisoire, les juges ont préféré s'épargner une telle appréciation. Ainsi verrons-nous la Cour supérieure refuser tout recours aux parents d'un jeune homme victime d'un accident, parce qu'ils ne pouvaient arguer d'un préjudice pécuniaire : ce jeune homme, subvenant à peine à ses propres besoins, était pour ses parents une source de dépenses bien plutôt qu'un actif pour leur budget².

1. Cf. Mignault, « La responsabilité délictuelle en la Province de Québec », dans le *Bulletin de Législation comparée*, 1934, p. 399.

2. 70, C. S. 498.

La Cour supérieure, dans cette affaire, s'est donc refusée à allouer tous dommages-intérêts autres que ceux qui pouvaient compenser les frais funéraires. A la Cour du Banc du Roi, les juges d'appel se sont montrés plus larges : Ils ont alloué aux demandeurs une indemnité pour les profits qu'ils auraient pu tirer, dans l'avenir, du travail de leur fils. Néanmoins, ici encore, nous pouvons constater que seul est pris en considération le dommage pécuniaire.

Cette tendance de la Cour du Banc du Roi à atténuer la sévérité de la Cour Supérieure a pu se constater également dans la cause *Hunter v. Gingras*, qui date de 1921 : La Cour Supérieure avait accordé £ 136 au père de la victime d'un accident d'automobile. Ces dommages-intérêts compensaient uniquement les débours occasionnés par les funérailles. La Cour du Banc du Roi a majoré cette indemnité de £ 500 pour les « autres dommages ». Que fallait-il entendre par là ? — Il ne s'agit certes pas d'une perte pécuniaire éprouvée par le père ; car la victime, n'ayant que neuf ans, était à un âge où elle coûtait plus à ses parents qu'elle ne leur rapportait¹. Pour se défendre de tenir compte du chagrin éprouvé par les parents, le jugement fait allusion aux « services domestiques appréciables » qu'elle rendait déjà à son père qui, par ailleurs, « avait juste raison de s'attendre à des services plus considérables dans un avenir prochain ». La conclusion qui vient immédiatement à l'esprit, c'est que seul le préjudice-pécuniaire futur a pu entrer en ligne de compte aux yeux de la Cour. Mais cependant, le Juge Allard a laissé entendre dans ses notes, que de tels dommages-intérêts eussent pu être également accordés si l'enfant avait appartenu à une famille riche. Sans que la position des juges soit nettement tranchée, il semble qu'elle devienne plus favorable à l'admission du *solatium doloris*, parce qu'aux dires du Juge Dorion : « Il a toujours semblé » odieux dans le public et dans le barreau, et même à ceux

1. 1922, R. J. Q. 33, B. R. 403.

» des tribunaux qui se sont cru liés par les jugements sur la
» matière, que la mort d'un enfant ne donnât lieu à aucun
» recours à moins que l'on ne pût établir, comptes en mains,
» la valeur de ses services en argent. La difficulté est de
» poser une base de dommages. Les mots : *solatium doloris*
» ont souvent fait reculer les tribunaux devant l'adjudica-
» tion d'une somme d'argent pour prix des larmes d'un
» père¹. »

Tel est donc le raisonnement qui pouvait le mieux agir sur les tribunaux dans l'évolution de leur attitude en cette matière. Déjà, en 1894, un juge dissident à la Cour du Banc de la Reine, avait signalé l'immoralité des conséquences à déduire de la sentence majoritaire (cause *Jeannolle v. Couillard*)². Il lui paraissait peu équitable de refuser tout recours au réclamant lorsque la victime était pour lui une charge et non un soutien. Si cette opinion a pu exercer quelque influence plus tard, elle est cependant restée sans écho dans l'affaire où elle a été émise.

Quant à l'influence à laquelle nous venons de faire allusion, nous croyons qu'elle relève encore du domaine des courants d'idées, plutôt que des actions positives. Bien qu'elle ait pu rallier certains partisans parmi les juristes, l'idée d'un *pretium doloris* rencontre dans la Province de Québec des obstacles qui en rendent la réalisation plus difficile qu'en France. L'un tient à l'organisation judiciaire, et l'autre à la conception même des dommages-intérêts.

C'est la présence du jury aux procès civils qui constitue le premier obstacle. Dès 1887, le Juge Taschereau, dans la cause *Robinson*, entrevoyait le danger qu'il pourrait y avoir à confier au jury une arme telle que le *solatium doloris*³.

Il craignait, en effet, que la distinction entre délit intentionnel et quasi-délit n'apparût pas assez clairement à l'es-

1. Cause *Hunter vs. Gingras*, *Banc du Roi*, t. XXXIII, p. 415.

2. Notes du Juge Jetté, 1894, *Queen Bench*, p. 470.

3. *Canada Supreme Court Reports*, t. XIV, p. 105.

prit des jurés, et que ceux-ci facilement accessibles à la pitié, ne fussent enclins à accorder des dommages-intérêts aussi élevés en cas d'accident qu'en cas de meurtre ou d'assassinat.

Dès lors, il était d'avis de n'admettre la réparation du dommage moral que dans les causes criminelles, partageant en ce sens une opinion émise par la Cour de cassation en 1853. Il en cite, du reste, le passage suivant : « Les dommages-intérêts réclamés en « matière criminelle ne doivent pas nécessairement être restreints comme en matière civile au préjudice matériel résultant du crime ou du délit ; ils peuvent aussi comprendre le préjudice moral causé à la partie civile par ce crime ou ce délit¹. »

En second lieu, la réparation du dommage moral se heurte à la qualification de « peine privée » que, dans une certaine mesure, revêtent les dommages-intérêts dans la Province de Québec. Ce concept paraît en désaccord avec la considération que nous venons d'exprimer, et d'après laquelle le *prelium doloris* ne serait nullement exclusif de l'idée de peine. Il importe donc d'apporter quelques précisions pour dissiper cette apparente contradiction.

Nous voulons dire essentiellement que le fondement de la responsabilité civile se trouvant toujours dans la *faute* a pu favoriser chez les juges bas-canadiens une mentalité qui consiste à tourner leurs regards vers l'auteur du dommage plutôt qu'à prendre en considération l'étendue des ravages causés par l'accident. La cause *Jeannotte v. Couillard* nous apporte encore un témoignage de cette mentalité : « Attention et d'après les circonstances de la cause, la partie pénale de la réparation accordée... » Cette partie pénale, le juge, comme le jury, a tendance à lui donner pour mesure la gravité de la faute génératrice de l'accident. Une telle tendance ne peut que s'accroître par l'infiltration anglaise

1. D. P. 1853.1.167.

dont la Cour suprême est le canal : Et la notion de peine que renferment les « exemplary damages » s'est implantée dans les milieux juridiques, au point de reléguer au second plan l'idée de compensation du préjudice éprouvé¹.

Or les « exemplary damages » sont refusés par les tribunaux anglais pour réparer un préjudice moral qui n'a pas été intentionnellement commis par l'auteur de l'accident².

Outre que, dans les jugements canadiens, il est fait parfois mention expresse des termes : « dommages exemplaires³ », il arrive qu'implicitement soient consacrées certaines des conséquences qui résultent de l'idée de peine. Une sanction pénale ne remplirait pas efficacement son rôle si elle frappait uniformément le pauvre et le riche. Or, pour que l'indemnité ne paraisse pas trop lourde au premier et infime au second, les tribunaux la proportionnent aux ressources dont dispose chacun d'eux. C'est par une considération de cet ordre que la Cour supérieure s'est laissée impressionner dans la cause *Cutnam v. Léveillé* en 1931.

Si, dans la jurisprudence française, nous remontons nos investigations à une époque très lointaine, un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 3 avril 1645, est là pour nous témoigner qu'une certaine réparation civile était adjugée aux veuves pour la mort de leur mari, afin d'« essuyer leurs larmes, et apporter quelque consolation à leur douleur » suivant les expressions imagées d'un commentateur du temps. Par conséquent, le principe était reconnu sous l'ancien Droit. Mais parfois les parlements ne se faisaient pas faute de le méconnaître. C'est seulement depuis la fin du XIX^e siècle que la théorie jurisprudentielle a pris corps en cette matière du *pretium doloris* et qu'elle a peu à peu revêtu la précision et la certitude dont témoignent les arrêts actuels. Et cependant, lors des travaux préparatoires du

1. Frederic Pollock, *Law of Torts*, p. 181.

2. Armand Dorville, « La réparation pécuniaire du dommage moral », article paru dans la *Canadian Bar Review*, t. VI, p. 673 et suiv.

3. Cause Duggan vs. Martin, 23, *Banc du Roi*, p. 402.

Code civil, le discours du tribun Tarribe paraissait de nature à dissiper les hésitations que, par la suite, ne pouvait manquer de faire naître le silence même de l'article 1382. De l'avis du tribun Tarribe, il fallait concevoir cet article comme « embrassant dans sa vaste latitude tous les genres de » dommages, et les assujettissant à une réparation uni- » forme... » Et c'est à coup sûr le dommage moral qu'il envisage lorsqu'il ajoute : « Tout est déclaré susceptible » d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des » dommages quelconques qu'elle a éprouvés. »

Comment donc s'expliquent les vicissitudes qu'a traversées l'histoire de la réparation du préjudice moral avant de parvenir à sa consécration définitive? Avant de les retracer, signalons entre parenthèses qu'elles prouvent combien les tribunaux se sentent peu liés par les discours prononcés lors de l'élaboration des textes législatifs.

Dans la première moitié du xix^e siècle, les Cours d'appel adoptent tour à tour les attitudes les plus opposées : Celles qui rejettent l'idée de préjudice moral ouvrant un droit à réparation pécuniaire² voient leur conception sanctionnée par la Cour de cassation, qui, le 25 mars 1845, n'admet pas dans le calcul des dommages-intérêts que l'on tienne compte d'un préjudice non économique³.

Était-ce comme dans la Province de Québec la réalisation pratique du principe qui apportait un argument contre son admission? Nous ne le croyons pas, car un arrêt du 22 juin 1833 prononcé par la Cour de cassation, toutes chambres réunies, avait solennellement déclaré : « La difficulté d'apprécier le dommage souffert ne saurait être un obstacle à la recevabilité de l'action⁴. » C'est donc le principe lui-même qui n'était pas encore accueilli sans contestation par la Cour de cassation.

1. Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII.

2. Cour de Toulouse, 13 mai 1842 (D. P. 1843.2.31).

3. D. P. 1845.1.177.

4. S. 1833.1.458.

Mais devant son attitude restrictive, toutes les Cours d'appel ne se sont pas inclinées. Certaines d'entre elles ont marqué une indéniable résistance. Ainsi la Cour de Caen, le 24 avril 1850, a-t-elle proposé d'apporter une exception à la formule de la Cour suprême afin de réparer, parmi les préjudices non-économiques, celui qui avait été porté à « l'honneur et à l'avenir d'une jeune fille dont la séduction » aurait précédé l'abandon¹ ».

A partir de cette époque, les juges du fond ont admis dans une mesure de plus en plus large la réparation du dommage moral. Ils s'y sont acheminés par étapes successives dont les premières ont concerné l'atteinte portée à l'honneur par des propos diffamatoires, ou par des manœuvres dolosives. Quant aux recours ayant pour objet la réparation d'un préjudice porté à l'affection, on peut remarquer leur rareté jusqu'en 1870. Et pourtant, dès 1833, le Procureur général Dupin avait dénoncé l'immoralité d'un système dont la logique opposerait une fin de non-recevoir aux parents d'un enfant en bas-âge, sous prétexte que la subsistance de celui-ci grevait leur budget². Ainsi la rareté des recours tient-elle surtout au fait que dans les deux premiers tiers du XIX^e siècle, les justiciables ne songeaient guère à faire valoir en justice le chagrin qu'un deuil cruel leur faisait éprouver³.

Les premières revendications ayant pour objet l'intérêt d'affection le présentaient du reste comme se juxtaposant à un intérêt pécuniaire dont la lésion était dégagée au premier plan dans les plaidoyers. D'où l'habitude qu'ont longtemps gardée les tribunaux de considérer la réparation du préjudice moral comme un appoint permettant d'arrondir le chiffre des dommages-intérêts versés au titre du préjudice matériel. En 1911 encore, nous trouvons un reflet de

1. D. 1855.2.177.

2. *Pandectes*, 1833.1.458.

3. Cf. Rapport de M. Légal à l'Académie internationale de Droit comparé, t. II des *Mémoires* de 1934, p. 362.

cette conception dans un jugement rendu le 8 décembre par le tribunal civil de Saintes dont voici un extrait : « Le pré-judice moral ne saurait faire par lui-même l'objet d'une évaluation. Il doit simplement entrer en considération pour faire apprécier plus largement l'étendue du préjudice dice matériel. »

Une telle formule ne traduit plus exactement l'attitude jurisprudentielle à cet égard. Et nous pouvons citer, à titre d'exemple, un arrêt de la Chambre civile rendu le 13 février 1923 qui admettait, dans une action en dommages-intérêts pour la mort d'un parent que le préjudice moral seul fût pris en considération; aucun préjudice matériel n'ayant été invoqué¹. De même, l'arrêt de la Cour de Paris du 9 juin 1920² décidait que : « A défaut de lien du sang, les tribunaux ont le devoir d'apprécier si la demande est fondée sur un intérêt légitime d'affection. » La Chambre des requêtes a pleinement admis cette manière d'envisager la portée de l'article 1382 étant donnée la généralité de ses termes³.

Dans l'espèce, en effet, l'affection n'était pas déterminée par un lien de parenté. La requérante était née d'un premier mariage du mari de la victime. Il n'y avait pas lieu non plus d'invoquer un préjudice matériel, car, loin d'appauvrir la demanderesse, l'accident ouvrait à son profit un legs universel. C'est donc bien l'unique intérêt d'affection, qui, aux yeux de la Cour, justifiait l'admission de la requête adressée par la belle-fille.

L'accès des tribunaux était donc largement ouvert aux requérants qui invoquaient un préjudice éprouvé dans leurs affections. Les avocats n'ont pas tardé à en informer leurs clients et la multitude des demandes a été telle que la Cour a cru bon d'y mettre un frein. C'est l'arrêt du 2 février 1931 qui lui en a fourni l'occasion. Voici la nouvelle formule

1. Cass. civ., 13 février 1923 (*Gaz. Pal.*, 1923.1.489).

2. *Gaz. Pal.*, 1920.2.66.

3. Cass. req., 10 avril 1922 (*D.* 1922.1.52).

que la Chambre des requêtes entendait consacrer en la matière : « Attendu en ce qui concerne le préjudice moral » que si l'article 1382 c. civil, par la généralité de ses termes, » s'applique aussi bien au dommage moral qu'au dommage » matériel, encore faut-il que l'action en indemnité soit fondée sur un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'alliance qui unissait la victime du fait dommageable à celui » de ses ayants droit qui en demande réparation¹. »

Des controverses ont été soulevées dans la doctrine sur la question de savoir si le principe ainsi formulé traduisait un revirement de jurisprudence ou au contraire une confirmation des arrêts antérieurs. Le premier point de l'alternative a été soutenu par les auteurs qui avaient présente à l'esprit la formule très large émise par la Chambre criminelle le 20 février 1863 : « L'article 1382, en ordonnant en » termes absolus la réparation de tout fait quelconque de » l'homme qui cause à autrui un préjudice, ne formule » aucune distinction en ce qui concerne la *nature du dommage éprouvé*, et, en cas de décès de la victime, la nature » du *lien* d'où résulterait un préjudice actuel et direct pour » celui qui demande réparation². »

Certes, les termes de cet arrêt pouvaient être entendus à la lettre et justifier les demandes les plus hardies. C'est ainsi que le 4 janvier 1923, le tribunal de Carcassonne a accordé une indemnité à la personne morale du département pour le chagrin que lui avait fait éprouver la mort d'un pupille de l'Assistance publique³ !

Le second point de l'alternative, c'est le Conseiller Pilon qui l'a présenté lui-même à la Cour, dans son rapport du 2 février 1931. Passant en revue la jurisprudence de la Cour de cassation, il lui est apparu que si elle n'avait pas toujours exigé un lien du sang⁴, elle avait néanmoins retenu les

1. S. 1931.1.123.

2. D. 1864.1.99.

3. *Gaz. Pal.*, 24 janvier 1923.

4. Voir l'arrêt des Requêtes, du 10 avril 1922, qui a été analysé à la page 212 (D. 1922.1.52).

critères d'alliance ou de parenté comme fondant une présomption d'affection. Il ajoutait que la Cour de cassation avait toujours requis la présence de l'un de ces critères chaque fois que le préjudice moral constituait la base exclusive d'une action en responsabilité¹. Tels étaient les seuls cas dans lesquels la Cour de cassation avait jugé digne de protection juridique l'intérêt d'affection. La jurisprudence aurait donc franchi une étape nouvelle si, le 2 février 1931, la Chambre des requêtes avait admis le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris qui refusait de faire droit à un préjudice porté à l'affection d'une veuve ayant élevé la demoiselle Oullion comme « si elle eût été sa petite-fille ».

Aucun lien de parenté ni d'alliance ne pouvant être relevé entre la victime et la requérante, c'eût été créer un précédent que d'admettre le pourvoi. Un tel précédent a été fortement déconseillé à la Chambre des requêtes par le Conseiller Pilon qui entrevoyait les abus auxquels il pourrait donner lieu « à une époque où l'esprit de lucre tend à dominer et à tout contaminer de sa souillure ». Aussi posait-il la question sous cette forme : « Convient-il de laisser, sans raison et sans limite, monnayer la douleur ? »

Le coup d'œil d'ensemble jeté sur la jurisprudence consacrant, en France, la sanction du préjudice moral aura eu pour objet de sonder cette raison et de préciser cette limite.

Que si maintenant le lecteur confronte l'une et l'autre avec l'aperçu que nous avons donné plus haut de la jurisprudence canadienne, il conclura que, sans conteste, la jurisprudence française a réservé un accueil beaucoup plus large que les Cours de Québec aux demandes fondées sur une atteinte portée à l'intérêt d'affection.

Il nous reste la tâche délicate d'esquisser une théorie expliquant ces divergences. Nous croyons que l'attitude

1. D. 1931.1.38.

favorable de la jurisprudence française correspond à la mentalité qui règne aujourd'hui au Palais. Cette mentalité, nous l'envisagerons objectivement sous trois chefs qui seront autant de points de repère pour en caractériser l'évolution.

a) La conception nouvelle de la jurisprudence refléterait la place plus grande chaque jour qu'occupe l'intérêt moral dans les actes soumis à l'analyse des tribunaux¹.

Depuis le jour où la Chambre des requêtes a considéré qu'un intérêt « purement moral » était suffisant pour valider une stipulation pour autrui², la jurisprudence a été appelée à définir ce qu'elle entendait par « intérêt moral », afin d'échafauder sa théorie de l'assurance sur la vie. Au fur et à mesure que cette notion prenait corps, l'idée a pu germer dans les esprits qu'un essor parallèle donné à l'intérêt moral serait de nature à justifier, dans une plus ample mesure, les recours en dommages-intérêts. Et si l'évolution contemporaine de l'assurance sur la vie ne s'est pas opérée sans exercer de contrecoup sur l'admission du *prelium doloris*, c'est là une hypothèse que la comparaison avec le Droit canadien rend extrêmement plausible : En effet, dans la Province de Québec, la législation ayant devancé la jurisprudence en matière d'assurances, celle-ci ne s'est pas trouvée dans l'obligation de greffer toute une théorie sur la seule possibilité d'échapper à la prohibition générale des stipulations pour autrui.

b) Ne parlant plus des assurances sur la vie, mais des assurances-accidents, notons que leur essor récent a, dans une large mesure, développé le champ des réparations qu'accorde la justice. Sachant que la collectivité assumera la compensation du préjudice dont elles souffrent, les victimes se montrent plus audacieuses dans leurs revendica-

1. Cf. thèse Ganot, *Réparation du préjudice moral*, p. 112.

2. Cass. req., 30 avril 1888 (D. 1888.1.291).

tions, et les juges plus généreux dans les réparations qu'ils accordent; ceux-ci en effet se doutent bien que la condamnation qu'ils prononcent ne risque pas de ruiner l'auteur du dommage. Aussi, en France, n'ont-ils pas témoigné d'une grande résistance quand il s'est agi d'admettre la réparation du préjudice sous sa face morale aussi bien que sous l'angle matériel.

Et si, en Québec, ils n'ont pas réservé le même accueil au *prelium doloris*, c'est peut-être (mais concurremment avec d'autres motifs auxquels nous avons fait allusion plus haut¹, parce que l'assurance-accident n'est pas aussi universellement répandue qu'en France. Un article que l'Honorable Juge Mignault a fait paraître en 1934 nous renseigne à ce sujet².

Il émet le doute que, dans sa province, la « moitié des propriétaires d'automobile soient assurés ». Le fait vaut la peine d'être signalé, en raison de l'énorme pourcentage des accidents qui se produisent sur la route, par rapport au nombre infime des accidents mortels provenant d'autres causes, et qui, par ailleurs, ne sont pas régis par la loi des accidents du travail.

Mais le développement des assurances, en France, n'a pas eu seulement pour effet d'atténuer dans l'esprit des juges la crainte de voir l'addition des indemnités qu'ils accordent aboutir à un total exagéré. Il a également déplacé le centre de gravité de la responsabilité. Ce n'est pas l'auteur du dommage qui supporte, en fin de compte, les conséquences de son acte. Le Droit moderne n'exige pas qu'il soit « puni ». Il tient uniquement à ce que la victime reçoive une indemnisation du préjudice dont elle souffre. C'est ce concept que, dans une troisième subdivision, nous

1. Voir, au début du chapitre, ce qui a été dit au sujet de la portée restrictive de l'article 1056 du Code civil de la Province de Québec.

2. « La responsabilité délictuelle en la Province de Québec », dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1934, p. 406.

allons mettre en parallèle avec l'idée de peine privée qui caractérise davantage l'indemnisation canadienne¹.

c) Si l'idée de « peine privée » constitue un obstacle pour le Droit canadien dans l'admission du *pretium doloris* c'est parce que la faute du défendeur joue dans cette matière un bien moindre rôle que la réceptivité personnelle du demandeur. C'est bien l'idée qu'illustre M. Ripert² par cette image : « Un stoïque au cœur sec ne souffrirait pas de » la mort d'un parent, un ami au cœur tendre éprouve une » douleur extrême de la mort d'un ami. » Et, s'il ajoute plus loin : « Chacun se crée victime », c'est pour bien montrer que la prédisposition de la personne dont l'affection éprouve un choc peut être considérée comme la cause intrinsèque du préjudice moral... à plus juste titre, peut-être, que la faute de l'auteur qui, certes, n'a pu se douter des contre-coups les plus lointains de son acte. Comment dès lors lui en tenir rigueur ?

Il est normal qu'on le tienne quitte dans un pays où l'auteur du dommage constitue l'objectif principal en matière de responsabilité. Le juge qui punit l'auteur du dommage ne peut aboutir au même résultat pratique que celui qui cherche avant tout à indemniser la victime³. Les points de vue étant différents, les résultats ne pourront être qu'inconciliables. Un préjudice très grave peut être causé par une faute très légère, et le concept de responsabilité sans faute n'a de signification que dans une jurisprudence qui n'assimile pas les dommages-intérêts à la peine privée.

S'il en est autrement en France, c'est parce que le juge tient compte du dommage effectivement subi. Les circonstances qu'il envisagera au premier chef gravitent autour de la victime. Et c'est celle-ci qui peut bien être considérée

1. Cf. *supra*, p. 209 dans le même chapitre.

2. *La règle morale*, p. 332.

3. Cf. Maurice Dubois, thèse sur le *Pretium doloris*, p. 148.

comme le pivot central de la théorie de la responsabilité telle qu'elle semble résulter de la plus récente jurisprudence française. Voici, à titre d'exemple, un jugement du tribunal civil de la Seine qui date du 13 janvier 1934 et qui se montre très explicite sur ce qu'il entend par « fondement et mesure » de la responsabilité : « Attendu qu'il convient de » relever que, quelle que puisse être la faute qu'auraient » commise les docteurs C. et B. la demande apparaît comme » non-recevable en celui de ses chefs qui vise l'insertion » dans les journaux d'un jugement de condamnation.

» Attendu, en effet, que cette mesure, si elle peut être » admise pour la réparation du dommage résultant d'at- » teintes à la réputation ou de faits de concurrence déloyale, » comme tendant en ce cas à faire disparaître ce dommage » est, au contraire, sans objet lorsqu'il s'agit de la répara- » tion d'un préjudice constitué par des souffrances physi- » ques ou par un décès ; que la publicité de la condamnation » n'aurait ici aucun *effet réparateur* mais serait une vérita- » ble *peine privée* que ne comporte pas la responsabilité » civile, laquelle a pour mesure, comme pour fondement, » le *dommage* et non le ressentiment de celui qui le subit, si » excusable ou même justifié que soit ce ressentiment¹. »

Le mot « ressentiment » évoque à l'esprit le souvenir des actions *vindictam spirantes*. Le rejet d'une telle conception par la jurisprudence signifie très nettement qu'elle se refuse à affecter aux dommages-intérêts le caractère exemplaire. A son sens, ils doivent remplir une fonction compensatoire, bien plutôt que pénale. Les tribunaux s'efforcent de plus en plus d'accorder une compensation effective à une catégorie de préjudices dont ils prennent davantage la profondeur en considération. C'est l'idée de réparation qui préside à leur attitude et qui se détache nettement ici pour supplanter celle de culpabilité. A vrai dire, on peut objecter que la fonction satisfactoire des dommages-inté-

1. *Gaz. Pal.*, 1934.1.522.

rêts ne paraît remplie que d'une façon théorique et bien arbitraire lorsque les tribunaux prononcent une condamnation à un franc de dommages-intérêts. Néanmoins, cette condamnation revêt une valeur symbolique qui l'éloigne du concept de peine privée beaucoup plus que de la fonction satisfaisante des dommages-intérêts.

Pourquoi est-elle très loin de l'idée de peine privée ? Nous croyons inutile d'insister sur son caractère illusoire, qui, naturellement, ne saurait affecter véritablement l'auteur du délit. Par conséquent, l'octroi de un franc de dommages-intérêts, puisqu'il n'a pas pour objet de punir un coupable, apparaît bien plutôt comme un des multiples reflets de la tendance des juges français à envisager les problèmes que pose la responsabilité non plus du côté de l'auteur du dommage, mais en se plaçant au pôle opposé et en cherchant à satisfaire la victime de ce dommage. On mettra en doute que celle-ci puisse être jamais satisfaite par une indemnisation aussi dérisoire. Evidemment, mais les tribunaux conçoivent le franc de dommages-intérêts comme remplissant une fonction symbolique. S'ils prononcent une telle condamnation, c'est à titre d'hommage rendu aux sentiments de la victime qui a éprouvé une irréparable douleur.

Ce mot « irréparable » qui semble contredire toutes les tentatives faites par la jurisprudence française pour apporter à la peine une compensation pécuniaire, ce mot, nous tenions à le mentionner pour traduire l'idée que jamais notre jurisprudence ne s'est fait l'illusion de pouvoir tarir des larmes à prix d'argent. Elle a entrevu dans le problème les mêmes difficultés que la jurisprudence canadienne. Il lui a semblé préférable de les résoudre par un pis-aller plutôt que de les repousser. Nous ne nous prononcerons pas sur ce qui peut nous paraître le plus équitable. Ce que nous avons voulu exposer, c'est la divergence d'orientation suivie par les deux jurisprudences que nous mettons

en parallèle, parce qu'elle atteste le libre arbitre laissé aux juges dans la mise au point des principes généraux. Les voies différentes dans lesquelles se sont engagés les juges de France et de Québec expriment, à ce titre, tout ce qu'il y a de spontané dans le particularisme des Droits.

CHAPITRE IX

SUBSTITUTIONS

Nous abordons un mécanisme juridique dont les rouages ont été conservés dans la Province de Québec à peu près tels qu'ils étaient en vigueur sous l'ancien Droit français, alors qu'en France, une prohibition législative est venue mettre un terme à son évolution.

Il s'agit donc d'une contradiction flagrante en principe entre les deux Droits. Mais c'est là un principe dont les deux jurisprudences sont parvenues à fortement atténuer la rigueur. Grâce au développement considérable qu'elles ont donné aux exceptions dont sont munies l'autorisation d'une part, la prohibition, de l'autre, elles sont arrivées à se rejoindre dans une certaine mesure. Cette mesure nous permettra de saisir sous l'un de ses aspects le rôle créateur du juge.

La législation révolutionnaire de France, prohibant les substitutions comme vestiges de l'Ancien Régime, et soutien d'une noblesse que l'on voulait abattre, n'a pu exercer aucun retentissement sur le Bas-Canada, qui, depuis quarante ans, était passé sous la domination anglaise. A tel point que, récemment, la Cour du Banc du Roi a pu décider qu'en cette matière, il convenait de se référer encore au Code Michaud de 1629. C'est dans la cause de *Barclay's Bank Ltd. v. Hugh Patton*¹ débattue en 1934 à Montréal

1. R. J., 56, *Banc du roi*, p. 481.

que la question a été examinée et résolue dans le sens de l'applicabilité de l'Ordonnance de Louis XIII, parce qu'elle était en vigueur en France avant 1663, date de la création du Conseil souverain au Canada.

La question controversée en cette affaire portait sur la façon de compter les degrés en matière de substitution. Serait-ce par tête ou par souche?... L'Ordonnance de 1629 adoptait le dénombrement par tête, afin de mettre un terme à la diversité des interprétations données dans les Cours souveraines.

Le Code de Québec, dans son article 932, dispose qu'une substitution ne doit pas comporter plus de deux degrés, mais il ne précise pas le sens qu'il entend donner au mot *degré*. Le fait de se rallier à l'autorité du Code Michaud au mépris de l'opinion inverse soutenue par le Juge Ramsay en 1885 dans la cause *Jones v. Culbert*¹ ne traduit-il pas une tendance de la jurisprudence moderne à munir de toutes les restrictions qu'il est possible d'invoquer la substitution permise par le Code dans une si large mesure? Et c'est à coup sûr une arme considérable mise à la disposition de la jurisprudence que la faculté de décider de l'étendue des législations applicables et non pas seulement de leur portée.

Nous ne voulons nullement insinuer, du reste, qu'une telle attitude trahissait ouvertement la codification de 1866. Les commissaires, dans le rapport dont ils accompagnaient la rédaction définitive, avaient exprimé la crainte que la mise hors du commerce et l'accaparement des propriétés foncières n'apparaissent tôt ou tard comme les inconvénients inévitables du régime des substitutions tel qu'il se greffait sur la liberté illimitée de tester, d'importation anglaise. Et cependant, les codificateurs n'ont pris aucune mesure positive de nature à enrayer les dangers économiques qu'ils prévoyaient. En laissaient-ils le soin

1. *Montreal Law Reports*, 2 *Queen Bench*, p. 44.

aux tribunaux par les recommandations qu'ils inséraient dans leur rapport ?

Toujours est-il qu'ils ne mettaient aucune entrave à la prohibition d'aliéner. Ils lui donnaient même une efficacité dont elle n'était nullement pourvue sous l'ancien Droit français. Insérée dans une donation, elle était, aux dires de Pothier¹, considérée comme un simple avis. C'est seulement lorsqu'elle était faite à peine de nullité, que la prohibition d'aliéner était censée assortir la donation d'une condition résolutoire devant, en cas d'aliénation conférer au donateur une action en répétition. Tel était donc le Droit qui a été introduit au Canada avec la Coutume de Paris. Lors de la codification de 1866, une modification a été apportée, qui se ressentait de la liberté illimitée de tester. Cette innovation consistait à douer d'un effet civil la simple défense d'aliéner, même si elle n'était pas accompagnée d'une peine de nullité.

Notons entre parenthèses que la liberté illimitée de tester qui a été introduite au Canada par imitation du Droit anglais, s'oppose foncièrement au Droit successoral français. Elle donne l'une des clefs de la divergence entre les deux conceptions de l'ordre public. Du jour où l'on laisse le testateur disposer de ses biens au profit de qui il l'entend, c'est qu'on le considère comme un propriétaire absolu et non comme le détenteur passager des biens de la famille. Dès lors pourquoi opposerait-on un frein à sa volonté, et pourquoi l'empêcherait-on d'inclure à son testament telle condition qui bon lui semble ?

Cette idée générale qui plane sur les dispositions légales concernant les successions, il est arrivé à la jurisprudence canadienne de la battre en brèche dans une certaine mesure. Ainsi avons-nous pu relever une cause déjà ancienne qui a été jugée par la Cour de révision de Montréal² et dans

1. T. VIII, n° 91.

2. Cf. La Compagnie de prêt et de crédit foncier vs. Bouthilier, R. J. Q., t. I, C. S., p. 346.

laquelle une prohibition d'aliéner a été privée de tout effet autre que de créer une « substitution, en faveur de ceux » pour l'intérêt desquels la prohibition était portée, et » qu'elle ne rendait pas le bien autrement inaliénable ». L'Honorable Juge Mignault, qui a commenté cette décision dans la *Revue légale*¹ a constaté tout l'arbitraire dont la Cour avait fait preuve en refusant de munir la prohibition d'aliéner de « son effet entier ». N'est-il pas permis de penser que si le prétoire faisait ainsi plier la lettre de la loi, c'est peut-être parce que le souci de ne pas paralyser la circulation des biens avait pu pénétrer jusqu'à lui ?

Lorsqu'elle doit analyser un testament, pour rechercher s'il contient une substitution, la jurisprudence canadienne décompose l'acte en éléments qui sont sensiblement les mêmes que les critères auxquels s'attache la jurisprudence française en face d'un problème analogue. En effet, pour être valable en Québec, et nulle en France, la substitution ne doit pas obligatoirement être faite en termes exprès. Et comme toute latitude est laissée au juge pour la découvrir sous des termes implicites, il lui est loisible de manifester une tendance plus ou moins prononcée à restreindre ou élargir la rigueur de son interprétation. Ainsi, dans la Province de Québec, le legs *de residuo* rentre parmi les catégories de substitutions fidéicommissaires, tandis qu'en France, la jurisprudence actuelle a construit toute une théorie qui lui permet de le faire échapper à la prohibition légale des substitutions fidéicommissaires.

Si donc les juges attachent des conséquences juridiques différentes à des institutions qu'ils décomposent en éléments semblables², c'est, croyons-nous, parce que, dans une juste compréhension de leur mission, ils ne parviennent jamais à détacher de leur esprit la finalité de leur interprétation. Le Code de Québec ne dressant aucun obstacle

1. T. V, p. 473.

2. Ordo successivus, tractus temporis, etc...

à l'encontre des substitutions fidéicommissaires, le juge qui l'applique ne sentira pas, comme le juge de France, le besoin d'établir une cloison étanche entre le legs *de residuo* et la substitution. Il trouvera même tout naturel de l'apparenter à elle et de l'assortir des mêmes conséquences juridiques.

La seule différence concernera la charge de conserver et de rendre. Mais cette différence n'affectera que les effets de l'institution, et non pas sa nature, comme en Droit français. Telle est, du moins, l'impression que semble suggérer la lecture de la cause *Champagne v. Bacon*, à propos de laquelle la Cour du Banc du Roi a dû statuer en 1936. Le terme « substitution *de residuo* » n'implique pas autre chose¹. La Cour l'emploie pour qualifier une disposition en vertu de laquelle un testateur lègue à son épouse l'universalité de ses biens « avec droit d'en jouir et disposer en toute propriété et possession... et stipulant d'autre part que ces biens soient, au décès de son épouse ou auparavant, selon qu'elle le jugera opportun, partagés en deux parts égales dont l'une à être donnée aux héritiers les plus rapprochés au degré successible de son épouse, et l'autre aux héritiers du côté de la famille du testateur. »

Le notaire Turgeon qui a commenté cette cause dans la *Revue du Notariat*², ajoute que les biens acquis en remplacement de ceux qui ont été aliénés doivent être sujets à substitution afin que le droit des appelés soit respecté. Par conséquent, en droit canadien, le legs *de residuo* rentre bien dans le cadre des substitutions fidéicommissaires. Il n'en était pas autrement dans l'ancien Droit français. Et on a pu se demander si le Code Napoléon avait nettement rompu avec cette tradition. Certains arrêts rendus dans la première moitié du XIX^e siècle permettent d'en douter. En effet, la Cour de cassation, le 25 mai 1836³ les Cours de

1. 1936, *King Bench*, p. 363.

2. *Revue du Notariat de la Province de Québec*, janvier 1937, p. 284.

3. S. 1836.1.954.

Bordeaux, le 1^{er} juin 1830 et de Paris, le 16 décembre 1833 ont soutenu que le legs *de residuo* devait être compris comme substitution fidéicommissaire, étant donné que la charge de rendre était inséparable de l'obligation de conserver.

Et les cours d'appel ont longtemps marqué leur préférence à ranger le legs *de residuo* parmi les substitutions prohibées. C'est la Cour de cassation qui, en 1875, a fait prévaloir la doctrine inverse². Depuis lors la position jurisprudentielle n'a guère varié sur ce point. Voici, par exemple, un testament qui ressemble à celui sur lequel a porté le litige *Champagne v. Bacon*. Nous croyons bon d'en reproduire le sommaire afin de dégager la divergence d'interprétations : Le sieur Tétu laissait à sa femme la totalité de sa fortune actuelle, et ajoutait : « A son décès, la moitié de ma fortune sera versée à X... et l'autre moitié à Y... » Il semble que, de tels termes, un legs *de residuo* pouvait moins aisément se déduire que dans la cause *Champagne v. Bacon*. Et cependant, la Cour d'Amiens, le 27 mai 1932, l'a analysé de la sorte, se refusant à l'interpréter comme une substitution prohibée, parce qu'on ne pouvait relever dans le testament aucune obligation de conserver et de rendre qui fût imposée par le *de cujus* à sa veuve. Elle n'a pas retenu comme « suffisamment précise » l'expression : « moitié de ma fortune » pour qu'on puisse « en déduire avec certitude qu'il a entendu faire passer sur la tête d'X... et d'Y... la totalité des biens composant son hérité au jour de l'ouverture de sa succession, et en retirer à sa femme la libre disposition. » Evidemment, l'inverse pourrait être soutenu et l'expression : « moitié de ma fortune » conçue comme impliquant chez le testateur le désir exprès que sa fortune restât intacte jusqu'au décès de sa femme. Une telle interprétation déclencherait l'application de l'article 896 et, partant, la nullité du testament tout entier. Or,

1. Req., 8 juin 1875 (D. 1876.1.76).

c'est justement ce qu'a voulu éviter la Cour d'Amiens puisqu'elle a elle-même inséré dans ses attendus : « Qu'il est conforme aux règles d'une saine interprétation d'adopter, en cas de doute sur la signification d'une clause testamentaire, le sens qui donne effet au testament plutôt que celui qui le rendrait nul¹. »

Son investigation va même au delà des termes du testament. Elle tire argument de l'affection et de la confiance témoignées par le *de cuius* à sa femme pour rejeter la pensée qu'il ait pu vouloir lui interdire la libre disposition de son legs². On ne niera pas l'allure extrêmement libérale d'une telle interprétation.

Mais la logique jurisprudentielle exige pour faire échapper le legs *de residuo* à la prohibition des substitutions, que le droit des appelés ne puisse porter sur les biens aliénés par le premier institué, de son vivant. Il en est autrement de ceux dont il voudrait disposer à cause de mort. La Cour a nettement tranché cette question, le 19 novembre 1924³. D'après elle, le legs *de residuo* ne revêt tout son sens que s'il assure au deuxième légataire le reste du legs à la mort du premier. Par conséquent, le premier bénéficiaire est privé de la faculté d'en disposer par testament. Ici, se retrouve une des traces du souci qui anime la jurisprudence actuelle de veiller à l'accomplissement des vœux du testateur. Notons qu'un tel souci n'inspirait pas encore la Cour de Paris en 1841 lorsque, dans son arrêt du 22 août, elle déclarait qu'en l'absence d'une disposition formelle, le premier bénéficiaire était en droit d'aliéner les biens compris dans un legs *de residuo* même par voie testamentaire⁴.

Qu'une évolution se soit produite, cela est donc incontestable. Et ce qui confirme une telle remarque, c'est qu'elle

1. Cet argument reproduisait un attendu de la Chambre des requêtes du 29 février 1864.

2. *Journal des Notaires*, 1935, p. 649.

3. D. 1925.2.21.

4. D. J. G., Substitution, n° 75, 4°.

correspond à une attitude également libérale adoptée de nos jours par la jurisprudence, à propos du legs précatit. Sous l'ancien Droit, en effet, l'expression d'un simple désir pouvait être interprétée comme impliquant une substitution, au même titre qu'un ordre impératif¹. Or, actuellement, l'idée de substitution prohibée se trouve exclue dès lors que la charge de rendre n'est pas obligatoire. Le disposant peut impunément dire : « Je désire », ou bien « Je recommande » ou encore : « J'impose le devoir de conscience », ou enfin stipuler que le deuxième institué n'aura aucune action pour se faire remettre les biens désignés. Cette combinaison présente l'avantage, exceptionnel dans notre Droit, de permettre au disposant de recommander la transmission de ses biens à des enfants à naître.

A coup sûr, la bienveillance de la jurisprudence paraît indéniable lorsqu'on examine l'arrêt de la Chambre des requêtes du 16 mars 1875 qui n'a pas imprimé le caractère de substitution fidéicommissaire à une disposition dans laquelle le testateur disait formellement sa volonté que la restitution des biens fût conçue comme faisant l'objet d'une « condition et obligation sacrées ».

Il semble, à tout prendre, que si le Droit moderne n'a pas conservé la rigueur de l'ancien Droit, c'est, dans une certaine mesure, parce que, depuis lors, la jurisprudence a mis au point la théorie des obligations naturelles, et qu'elle se contredirait si elle assortissait d'une sanction civile l'obligation à laquelle le grevé peut se soustraire comme d'un devoir de conscience qui n'est nullement exigé de lui.

Un tel souci du formalisme se justifie, d'autre part, par le désir actuel de la jurisprudence de pallier à la rigueur de la loi prohibitive des substitutions. Ce moyen lui permet de faire échapper à son application toutes les dispositions qui n'expriment pas une volonté expresse de substituer.

1. Il en est de même dans la Province de Québec, cf. article 972 du Code civil.

Du reste, l'analyse des lois dans leur esprit permettait d'adopter une telle position : La jurisprudence, en effet, a recherché si le fondement qui avait motivé la prohibition était mis en défaut dans les legs précatifs. Il lui est apparu que ceux-ci laissaient l'inaliénabilité des biens au bon vouloir du légataire. La prohibition se trouvant démunie de fondement, les tribunaux se sont cru justifiés à la tourner.

L'art de la jurisprudence n'a pas seulement consisté à se montrer très exigeante sur la présence des trois concepts que comporte l'expression : « charge de conserver et de rendre ». Il s'est appliqué également à restreindre les effets de l'article 896 en plaçant hors de sa portée les substitutions compendieuses qui participent à la fois de la substitution vulgaire et de la substitution fidéicommissaire, et dont la nature se révèle d'après les événements qui peuvent se produire entre la date du testament et la mort du disposant. Voici l'exemple donné par M. Lambert¹ : « Dans le cas où ma légataire universelle décéderait avant son mari, je veux que le legs universel retourne à ses quatre enfants. » A l'ouverture de la succession, ladite légataire est déjà morte. Le jeu de la clause s'opérera-t-il au profit de ses enfants ? ou sera-t-il contrecarré par la prohibition qu'édicte l'article 896 ?

C'est cette dernière solution que consacrait la jurisprudence au début du xix^e siècle².

Plus tard, elle a reconnu que le prédécès du premier institué avait transformé la substitution fidéicommissaire en substitution vulgaire dont le Code admet en toutes lettres la validité. (Cass. 20 février 1844)³.

Engagée sur cette voie, la jurisprudence a témoigné une égale bienveillance en présence de substitutions dont le

1. *De l'exhérédation et des legs faits au profit des héritiers présomptifs* p. 575.

2. Cass., 27 avril 1819.

3. D. 1844.1.106.

caractère vulgaire était beaucoup plus difficile à admettre¹.

Si nous signalons ces arrêts, c'est parce qu'ils sont révélateurs d'une tendance. Mais nous ne nous y appesantissons pas parce qu'ils relèvent bien plutôt de l'interprétation que de la création jurisprudentielle.

Par contre, à propos des doubles legs conditionnels alternatifs, il est permis de parler de création d'un droit nouveau qu'a pu forger la pratique notariale du jour où la jurisprudence a revêtu cette institution d'une efficacité juridique. La création jurisprudentielle a consisté à décomposer la substitution en deux legs assortis d'une même condition qui serait résolutoire pour le droit du grevé et suspensive pour celui de l'appelé. Si cette condition n'est autre que la mort du grevé, on retrouve l'*ordo successivus* qui caractérise les substitutions fidéicommissaires. D'autre part, la rétroactivité de la condition dissimule la charge de conserver et de rendre car les effets qu'elle consacre sont les mêmes, puisqu'elle annihile tous les actes d'aliénation passés avant le jour où doit opérer la condition résolutoire. C'est la même fiction qui efface le *tractus temporis*, le deuxième institué étant censé tenir son droit dès l'ouverture de la succession. A coup sûr, la fiction est un procédé éminemment commode puisqu'il permet de réputer le premier bénéficiaire comme n'ayant jamais été titulaire d'un droit de propriété. Mais c'est un procédé qui offrirait trop d'inconvénients dans la pratique s'il fallait en consacrer toutes les conséquences logiques. Aussi la jurisprudence admet-elle le maintien des actes d'administration et de jouissance qu'a pu accomplir le premier institué, ainsi que la perception des fruits qu'il aura effectuée. La rétroactivité de la condition n'atteindra que les actes d'aliénation. Il semble bien que ce détour soit le meilleur moyen de sanctionner la charge de conserver et de rendre qu'ait jamais pu

1. Cass., 4 janvier 1876 (S. 1876.1.28) : Cass. 23 décembre 1878 (S. 1879.1.399).

imaginer la jurisprudence, en dépit de la prescription légale qui l'oblige à considérer une telle charge comme susceptible de tomber sous le coup d'une prohibition. Il est vrai que l'article 1040 a pu servir de base légale à sa construction puisqu'il valide les legs assortis de conditions. Mais toute la ressource qu'en pouvait tirer la jurisprudence, n'a été aperçue que par étapes successives.

Dans l'ancien Droit, les doubles legs conditionnels étaient considérés comme une variété des substitutions fidéicommissaires. Et, au lendemain du Code civil, la jurisprudence n'admettait pas la validité d'un legs qui ressemblait si étrangement à la substitution prohibée. Ainsi l'arrêt de la Cour de Limoges du 27 juillet 1809 se refusait-il expressément à valider un legs conditionnel « parce qu'autrement, » ce serait sans utilité que les lois des 25 octobre et 14 décembre 1792 auraient déclaré sans effet les substitutions » non encore ouvertes. »

C'est 1873 qui marque la date décisive dans l'histoire de cette évolution. Cette année-là, la Chambre civile validait un testament ainsi conçu : « Je nomme et institue pour » mes légataires universelles conjointement entre elles » mes deux nièces. Ce legs universel est fait à condition » qu'elles atteindront leur majorité, et, si l'une et l'autre » mouraient avant cet âge, sans enfants, je veux que le » legs profite en ce cas à mes héritiers naturels. »

L'arrêt¹ dispose qu'il y a là : « un legs purement conditionnel et subordonné à une éventualité incertaine, dont l'accomplissement, soit qu'il s'agisse d'une condition suspensive, soit d'une condition résolutoire, aurait pour effet de rendre comme non avenue le legs soumis à une telle condition. »

Cette formule n'a pas suffi à clore l'affaire qui est revenue deux ans plus tard devant la Cour de cassation à la suite d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de renvoi.

1. S. 1874.1.5.

Et la Chambre des requêtes s'est prononcée dans le même sens que la Chambre civile... en termes plus précis encore, semble-t-il : « Si les nièces décèdent avant leur majorité sans laisser d'enfants, les gratifiés en second ordre recueilleront sans doute le bénéfice de l'institution; mais, par l'effet de la condition résolutoire, ils seront censés l'avoir recueilli dans la succession même du testateur. »

Et toute la subtilité de l'analyse consiste en effet à faire apparaître à travers les termes de la disposition testamentaire que le bénéficiaire en seconde ligne tient directement son droit du disposant. En effet, il y aurait substitution prohibée si l'appelé était l'ayant cause du légataire et non du disposant, c'est-à-dire si le légataire était chargé, par les termes du testament, de *transmettre* les biens au deuxième institué à sa mort.

Le formalisme n'a donc pas perdu tout empire dans notre Droit moderne. Sa résurrection a constitué un moyen à la disposition de la jurisprudence pour parvenir à des fins qui, au dire de M. Lambert¹ consistaient à rayer définitivement de notre Code civil l'article 896. On a pu trouver, dans la doctrine que cette formule était empreinte de quelque exagération. Et, cependant, la Cour de Nancy n'a-t-elle pas fait remarquer, dans son arrêt du 1^{er} mai 1875². « Qu'enfin, plus on s'éloigne de l'époque où l'abus des substitutions les avait fait énergiquement proscrire, et plus, en une matière aussi délicate, la sagesse conseille aux magistrats de se montrer moins rigoureux, pour en revenir, toutes les fois qu'ils le peuvent, à l'antique et sage maxime du Droit romain : « *Dicat testator et erit lex.* »

C'est, à coup sûr la ligne de conduite qu'a suivie, depuis lors, la jurisprudence en dépit de certains fléchissements auxquels on a attribué une importance exagérée. Et, afin de démontrer qu'il ne s'est pas opéré de véritable revirement en la matière, nous citerons, en terminant ce para-

1. *De l'exhérédation*, p. 589.

2. S. 1876.2.19.

graphe, un arrêt de la Chambre des requêtes du 14 novembre 1933¹ et qui donne de façon explicite la formule qu'en dernier lieu la jurisprudence a consacrée pour différencier le legs alternatif de la substitution prohibée. Il s'agissait, en l'espèce, d'un testament par lequel le disposant faisait d'un neveu son légataire universel, sous la condition qu'il laisserait des enfants légitimes. Dans le cas où cette condition ne serait pas remplie, un autre neveu serait institué à sa place.

Nous reproduisons la décision de la Cour de cassation, dans la partie qui dissocie tous les éléments juridiques à mettre en valeur : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare que cette disposition ne crée point d'ordre successif faisant passer la propriété des biens de X... (c'est le premier institué) à Y... (le second institué), mais constitue, au contraire, *une seule transmission* sans grevé, ni substitué, simplement assortie de la condition que le bénéficiaire du legs laissera une postérité légitime, et qu'il s'agit là, non d'une substitution prohibée, mais d'un legs alternatif, dont le bénéficiaire, qui pourra changer suivant l'événement, tiendra néanmoins toujours son émolument *directement* de la testatrice. »

Cette construction, due à l'effort combiné de la pratique notariale et de la jurisprudence, permet-elle d'obtenir, en France, tous les résultats atteints par la substitution canadienne ? Nous n'apercevons qu'une exception à la réponse affirmative, c'est celle qui concerne les bénéficiaires non conçus. En France, la règle générale contenue dans l'article 906 s'oppose à ce qu'ils puissent être titulaires d'un double legs conditionnel². Dans la Province de Québec, par contre, un bien peut être légué à une personne qui

1. *Gaz. Pal.*, 1934.1.84.

2. Les substitutions permises par les articles 1048 et suiv. font échec à l'article 906. Quant aux diverses combinaisons que nous avons envisagées, il n'y a que le legs précatif qui permette au disposant de recommander la transmission de ses biens à des enfants à naître.

n'est pas encore conçue au décès du testateur. Il suffit qu'elle soit désignée avec assez de précision. L'article 838 du Code civil de Québec exige seulement que sa naissance ait eu lieu à la date où s'opère l'ouverture de son legs.

Cette considération ne fait que s'ajouter à toutes celles qui ont pu prouver au lecteur que l'analyse des testaments s'envisage à des points de vue différents en Québec et en France. Nous nous sommes efforcée jusqu'ici de souligner la tendance bienveillante de la jurisprudence française au regard des dispositions testamentaires qui frôlent la prohibition, édictée par le Droit intermédiaire, puis par le Code, et que ne justifient plus des raisons d'actualité.

Raison politique et sociale : le coup porté à la substitution devait atteindre directement le droit d'ainesse et le privilège de masculinité qui étaient comme les charpentes de l'institution nobiliaire.

Raison économique : Les théories des Physiocrates avaient, à la fin du XVIII^e siècle, largement mis en valeur les avantages économiques de la libre circulation des biens. L'immobilisation des richesses qui résultait du mécanisme des substitutions a pu frapper les esprits de jurisconsultes qui se pénétraient davantage des principes d'économie politique.

Ces deux ordres d'arguments qui prenaient à leur époque une importance démesurée par esprit de réaction contre le régime antérieur, on peut bien dire que l'évolution des faits leur a fait perdre toute valeur d'actualité¹.

La sanction dont le Code assortit la prohibition des substitutions apparaît aujourd'hui exagérément rigoriste. Aussi les juges, ne pouvant atténuer une telle sévérité, s'efforcent-ils tout au moins d'en réduire les cas d'application.

1. La rapidité avec laquelle se font, et surtout se défont les fortunes de nos contemporains oppose bien le plus flagrant contraste avec la stabilité de jadis. Et le souci de l'épargne qui caractérisait le Français de toutes classes apparaît aujourd'hui aussi démodé que l'antique bas de laine qui lui servait de symbole.

Sachant que s'ils reconnaissent une substitution prohibée parmi les clauses d'un testament, ils devront déclarer la nullité de l'acte tout entier, ils hésiteront à contrecarrer dans toute son ampleur la volonté du testateur.

Si, maintenant l'on considère l'évolution de la substitution canadienne qui a pu suivre son cours sans brusque secousse, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'actuellement, les idées démocratiques qui se font jour entraînent une tendance certaine à restreindre la pratique des substitutions fidéicommissaires. Et ce n'est pas seulement l'idée d'égalité qui entraîne un mouvement défavorable à leur maintien. La notion économique d'entrave à la circulation que pourrait entraîner l'abus de telles dispositions entre aussi en ligne de compte. Mais, à ces deux considérations, s'ajoute l'idée que le développement de la *fiducie* tend à supplanter celui de la substitution. C'est là une institution particulièrement originale, et qui n'a pas son équivalent dans notre Droit moderne. La fiducie canadienne apparaît en quelque sorte comme une résurrection du fidéicommis de l'ancien Droit français, mais que la jurisprudence aurait doté, pour le moderniser, de règles empruntées au « trust » anglais. La loi de 1879 sur la fiducie n'aurait fait qu'entériner les résultats jurisprudentiels.

La création jurisprudentielle s'inspire de l'exécution testamentaire. C'est la liberté illimitée de tester, qui, d'autre part, a facilité tout l'essor donné aux combinaisons qui se greffaient sur cette institution. La validité de telles combinaisons a été reconnue par le Conseil privé antérieurement à la loi sur la fiducie de 1879 qui est intercalée dans le Code civil (art. 981 *a*). Ce qui constitue l'originalité de la fiducie canadienne, c'est qu'elle résulte d'une greffe anglaise sur l'ancien Droit français. Le trust a servi de modèle à la construction de la fiducie canadienne. L'influence du Droit commercial anglais n'est pas surprenante dans la Province de Québec sur le Droit civil qui y est adopté, non seulement parce qu'en général les domaines de ces deux droits s'inter-

pénètrent considérablement, mais aussi parce qu'en l'espèce, le droit commercial de la Province de Québec doit une très large contribution à celui de la Grande-Bretagne.

La situation juridique de fiduciaire ne coïncide pas avec les notions de dépositaire, ni de propriétaire.

Et cependant, elle s'inspire de l'une et de l'autre par les droits que confère la pratique au fiduciaire, parce qu'elle répond à des besoins qui ont pu apparaître successivement. Au risque de bâtir une institution hybride, parce qu'elle ne rentre pas dans un cadre préconçu, la pratique a cherché avant tout à satisfaire la commodité.

L'avantage que présente la fiducie sur la substitution se trouve dans la possibilité qu'elle offre de confier la gestion des biens à des firmes importantes, dont les statuts sont suffisamment précis pour que ne puissent être mis en doute les droits respectifs mis en cause. Le mécanisme jouera donc avec une plus grande netteté, une plus complète stabilité que lorsqu'il s'agit de rouages soumis à l'infinie diversité de la fantaisie des testateurs.

Quant à sa nature juridique, la fiducie diffère de la substitution en ce qu'elle comporte une seule libéralité. Le fiduciaire ne la reçoit que pour le compte du bénéficiaire dont il gèrera les biens. Mais son droit, néanmoins, est plus compréhensif que celui d'un simple dépositaire ou même d'un gérant, car à certains égards, il peut être considéré comme titulaire d'un droit de propriété parce que la logique juridique requiert que la propriété ne reste pas en suspens, ce qui, inévitablement, se produirait dans l'intervalle qui sépare l'ouverture de la succession et la date où le droit du bénéficiaire doit revêtir toute son efficacité.

Pour donner un exemple des conséquences pratiques qu'entraîne cette conception du droit conféré au fiduciaire, nous noterons que ce dernier est chargé d'assumer les obligations inhérentes à la succession. Au regard du bénéficiaire, par contre, le fiduciaire ne doit pas se comporter comme un propriétaire; mais comme un administrateur.

Ces règles apparaissent nettement profilées dans la cause *Masson v. Masson*, tranchée par la Cour suprême en 1912.

D'après les termes du testament qui a fait l'objet de ce litige¹ les légataires devaient administrer la propriété, toucher les revenus et les payer aux enfants, petits-enfants du testateur et descendants, aussi longtemps que la loi devait le permettre. Malgré la présence des termes « biens substitués », dans les dispositions expresses du testament, Sir Charles Fitzpatrick qui siégeait comme juge en chef de la Cour suprême a décidé que l'acte devait être analysé comme comportant une fiducie, et non une substitution. La raison qui l'a incliné à penser de la sorte, c'est que les biens ne sont pas donnés en propriété aux légataires. Ceux-ci apparaissent bien plutôt comme des intermédiaires, ayant pour mission, en quelque sorte, de faire parvenir les biens à d'autres destinataires.

Tout en reconnaissant qu'elle se trouvait en présence d'une fiducie, la Cour l'a dotée de règles qu'elle empruntait au droit des substitutions. Certains avocats éminents estiment que cet emprunt apparaît infiniment arbitraire : Pourquoi, par exemple, limiter à deux degrés la succession des biens conformément à la loi gouvernant les substitutions, dès lors qu'on estime qu'il n'y a pas de substitution en l'espèce ?

Si des considérations tirées de l'ordre public ont pu prévaloir en l'espèce, elles ne peuvent que se justifier par l'idée de mettre un frein à la prohibition des aliénations. C'est donc que la jurisprudence estime qu'elle ne doit pas aller au delà d'une législation dont le libéralisme a pu lui sembler exagéré. Afin d'apporter un remède à un défaut qui se trouve aux antipodes de celui qu'on peut reprocher à la loi française, la jurisprudence canadienne se montrera aussi ferme que celle de France s'avère conciliante.

1. 47, S. C. R. 42.

CHAPITRE X

EN FAIT DE MEUBLES, POSSESSION VAUT TITRE

C'est sous l'Ancien Régime, que la pratique des tribunaux a forgé le célèbre brocard : « En fait de meubles, possession vaut titre. » A cette époque, la création jurisprudentielle s'opérait sans entraves et formait le fond du Droit, tant il est vrai que la jurisprudence, en sanctionnant la coutume, lui a donné sa forme définitive. Mais les coutumes différaient de province à province, car aucune Cour suprême n'en assurait l'unification. Ainsi, la possession mobilière n'a-t-elle pas été assortie de droits aussi considérables au présidial d'Orléans qu'au prétoire du Châtelet parisien, dont Bourjon exprime l'attitude en ces termes : « La simple » possession des meubles produit tout l'effet d'un titre par- » fait, sauf l'exception de vol. »

La Coutume d'Orléans, avons-nous dit, s'est montrée plus sévère pour le possesseur de meubles. Voici, telle que l'a recueillie Pothier, la limitation des droits qu'elle lui confère : « La possession de meubles par la prescription de » trois ans étant l'ancien droit d'usucapion, il faut, pour » que cette prescription s'accomplisse, que le possesseur » justifie d'un titre d'où sa possession procède, et qu'elle » soit de bonne foi. Mais, comme il n'est pas d'usage de » passer des actes par écrit, pour l'acquisition des choses » mobilières, il suffit au possesseur, pour justifier d'un titre » d'où procède la possession de la chose pour laquelle il aura » la prescription qu'il fasse reconnaître cette chose, soit

» par les personnes de qui il l'a achetée, soit par d'autres
» personnes qui aient connaissance de l'acquisition qu'il en
» a faite. »

Cette exigence d'une preuve testamentaire pour suppléer à l'absence du titre n'a nullement été reproduite par les auteurs du Code Napoléon. Ceux-ci s'en sont tenus à l'idée émise par Bourjon, qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la prescription pour interdire l'action en revendication des biens mobiliers.

Lorsqu'en 1866, la Province de Québec a fait rédiger son Code civil, l'alternative s'est posée aux codificateurs de savoir s'ils allaient adopter la formule du Code Napoléon, ou suivre l'évolution de leur propre jurisprudence, fidèle à la tradition de Pothier. Un examen superficiel des causes jugées en Québec, antérieurement à la codification pourrait donner à penser que cette tradition elle-même était parfois mise en échec. Ainsi, en 1861, la cause *Fawcette v. Thompson* consacrait-elle la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre » dans le sens qu'elle revêt en France. Les cinq juges de la Cour d'appel ont déclaré unanimement que l'acquéreur de bonne foi, dans le cours ordinaire du commerce, devient propriétaire, bien que le vendeur ne l'ait pas été lui-même. Mais il convient de noter que le caractère commercial de cette vente, passée entre commerçants, a été particulièrement mis en vedette dans cette affaire. A telle enseigne qu'elle n'a pu être, plus tard, d'aucun poids en matière civile. Là, par contre, la décision rendue en 1863, dans l'affaire *Matthews v. Senecal*¹ nous apporte le témoignage que l'action en revendication d'une chose mobilière était parfaitement admise lorsque le possesseur de bonne foi l'avait acquise *a non domino*.

C'est dans cet esprit que les codificateurs de Québec ont rédigé leur article 2268 dont voici la teneur :

« La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de

1. L. C. J., t. VII, p. 222.

» propriétaire, fait présumer le juste titre. C'est au récla-
» mant à prouver, outre son droit, les vices de la possession
» ou qu'il en est dispensé d'après les dispositions du présent
» article. La prescription des meubles corporels a lieu par
» trois ans (à compter de la dépossession) en faveur du pos-
» sesseur de bonne foi (même si cette dépossession a eu lieu
» par vol). Cette prescription n'est cependant pas nécessaire
» pour empêcher la revendication si la chose a été achetée
» de bonne foi dans une foire, un marché ou à une vente
» publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables
» matières (ni en affaires de commerce, en général); sauf
» l'exception contenue au paragraphe qui suit.

» Néanmoins, la chose perdue ou volée peut être reven-
» diquée tant que la prescription n'est pas acquise, quoi-
» qu'elle ait été achetée de bonne foi dans le cas du para-
» graphe qui précède; mais dans ces cas, la revendication
» ne peut avoir lieu qu'en remboursant à l'acheteur le prix
» qu'il a payé. La revendication n'a lieu dans aucun cas si
» la chose a été vendue sous l'autorité de la loi. Le voleur
» ou autre possesseur violent ou clandestin et leurs suc-
» cesseurs à titre universel sont empêchés de prescrire par
» les articles 2197 et 2198. »

Par conséquent, l'article 2268 de la Province de Québec exprime en termes formels que la possession mobilière implique par elle-même la présomption d'un titre de propriété. Il faut entendre par là que le possesseur est admis à garder la jouissance du bien mobilier tant que le demandeur n'a pas prouvé qu'il n'avait aucun titre lui conférant ce droit.

Parmi les premiers commentaires de cet article qu'aient insérés les juges canadiens dans leurs sentences, nous en reproduisons un qui montre nettement combien les juristes québécois estiment qu'est irréductible la différence séparant les droits français et canadien sur cette question¹ :

1. Cf. cause Leblanc vs. Rosconi, 1872, *Revue Légale*, t. IV, p. 595.

« En affaires non commerciales, la possession n'est parmi
» nous qu'une présomption de titre, et non *pas un titre*,
» Cette présomption, comme toutes celles de droit (*juris*
» *lantum*) peut être renversée par une présomption plus
» forte ou une preuve supérieure quelconque. En France,
» il en est autrement. La maxime « En fait de meubles,
» possession vaut titre », fait exclusivement partie de
» l'article 2279 du Code français, et l'application en est
» *absolue et universelle*, si ce n'est toutefois quant aux
» choses perdues ou volées. »

Nous chercherons à démontrer dans cette étude que si un tel commentaire peut convenir à l'article 2279 du Code Napoléon dans la lettre, la jurisprudence française, usant d'un incontestable pouvoir créateur, est parvenue à atténuer la portée de l'adage dans tout ce qu'il pouvait contenir d'« *absolu* » et d'« *universel* ».

Insistant d'abord sur le mot « absolu », nous constatons qu'il ne conviendrait dans le cas présent que si la possession mobilière impliquait l'idée d'acquisition par l'effet de la loi. Or, nous verrons que la jurisprudence ne lui a conféré une telle portée que dans des cas très restreints.

Et, quand nous aurons fait ressortir le caractère d'exception de ces cas où la possession a la valeur exacte d'un titre, nous aurons démontré que l'application de l'adage ne mérite pas en Droit français, la qualification d'« universelle ».

En effet, dans les rapports qui existent entre les parties, la jurisprudence française ne donne pas à la possession mobilière une valeur plus forte que celle d'une présomption simple. La présomption ne demeure irréfragable qu'au regard des tiers. C'est sur ce point que subsiste la différence jusqu'ici restée irréductible entre les droits de France et de Québec.

Afin de circonscrire le problème dans un cadre où la comparaison soit susceptible d'apporter quelque lumière, débarrassons-le du cas où la chose a été achetée dans une

foire ou un marché, ou chez un marchand de choses semblables.

En pareille occurrence, les dispositions des deux Codes sont identiques dans leur portée. L'un et l'autre consacrent l'idée d'acquisition légale attachée au fait de la possession. Mais ce fondement, qui est exceptionnel dans le Droit québécois, la jurisprudence française lui donne-t-elle vraiment la valeur d'un principe ?

S'il en était ainsi, la jurisprudence refuserait catégoriquement l'action en revendication pour les choses mobilières. Or, elle n'en nie pas la possibilité, elle se contente de dresser à son sujet certains obstacles. Ceux-ci, à la vérité, seraient invincibles si elle consacrait, à l'exemple de maints auteurs, l'idée de « présomption irréfragable ». Cela reviendrait à interdire l'admission d'une preuve susceptible d'ébranler la présomption dont bénéficie le possesseur. A coup sûr, telle n'est pas l'attitude de la jurisprudence ; et c'est depuis 1863, qu'elle admet la production, par le revendiquant, d'une preuve contraire à la présomption¹.

L'arrêt de la Chambre civile, du 15 avril 1853 définit nettement les positions respectives du possesseur et du revendiquant. Le premier jouit d'une présomption de propriété que le second peut détruire par une preuve contraire. Il s'agit donc bien d'une *présomption simple*, et, l'avantage qui subsiste au profit du possesseur consiste à le dispenser d'avoir à établir l'origine de sa possession. C'est bien en ce sens que la Cour de Nancy, le 20 décembre 1891, a interprété la pensée de la Cour de cassation, lorsqu'elle a inséré dans sa sentence cet attendu qui ne laisse subsister aucune équivoque : « Attendu que la présomption établie » par l'article 2279 n'est qu'une présomption *simple* contre » laquelle sont admises, surtout s'il y a dol ou fraude, » comme au cas particulier, la preuve contraire, par

1. D. P. 1863.1.396.

» témoins, et même des présomptions graves, précises et » concordantes¹. »

Que faut-il entendre par « preuve contraire »?... Cet exemple ne nous la montre pas restreinte dans un cadre préétabli. Et, M. Planiol, qui a annoté cet arrêt, pouvait bien proposer, à titre d'exemple, la preuve qui tendrait à démontrer que le meuble appartenait à une autre personne. Et, cependant, s'il suffisait à celui qui intente l'action en revendication de produire son titre de propriété, la possession ne serait pas plus efficacement protégée en matière mobilière qu'en droit immobilier. Dès lors, la jurisprudence a compris la nécessité de tracer certaines précisions au sujet des limites dans lesquelles pouvait être fournie la preuve destinée à ébranler la présomption.

Pour cela, elle a fait appel à l'article 2229 qui spécifie les qualités que requiert la possession immobilière pour que la prescription puisse produire un effet acquisitif. La transposition de cet article dans le jeu de la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre », peut bien compter, à vrai dire, pour l'un des plus frappants exemples de création jurisprudentielle. Voici, en effet, une disposition visant expressément le Droit de la prescription, et qui intervient, par un détour ingénieux, dans une matière où la prescription acquisitive n'a, par définition, aucun rôle à jouer. La meilleure preuve qu'il ne pouvait cadrer intégralement avec le champ dans lequel le transplantait la jurisprudence, c'est qu'elle a dû l'amputer du caractère de continuité que n'exige nullement la possession mobilière, qui, au regard de l'article 2279, peut parfaitement n'être qu'instantanée.

Ce sont donc les vices de précarité, clandestinité, violence et équivoque que la jurisprudence emprunte à l'article 2229 pour permettre au propriétaire évincé de prouver que l'un d'entre eux entache la possession de son adversaire. L'attitude de la jurisprudence française est très

1. D. P. 1863.1.396.

ferme à cet égard, depuis la fin du siècle dernier. En 1885, les hésitations étaient encore permises; et la Cour de Pau se refusait catégoriquement à appliquer aux meubles l'article 2229 : « Attendu que, si les conditions de l'article 2229 sont à bon droit exigibles lorsqu'il s'agit d'immeubles, il n'en saurait être de même en matière de meubles » pour lesquels la simple possession suffit à créer un titre en dehors de toute idée de prescription¹. »

Cet attendu, parfaitement justifiable, en droit strict, nous fait saisir d'autant mieux l'allure prétorienne de la jurisprudence ultérieure. Il est permis de penser qu'en cette matière, une impulsion considérable a été donnée au juge par la nécessité de mettre au point le droit des dons manuels, qui, sous le couvert de l'article 2279, aurait pu tolérer des abus très graves. Il jouissait d'une indépendance très large, sur la question de savoir à quels textes il pourrait rattacher les dons manuels. Ceux-ci, en effet, ne sont régis par aucune disposition expresse du Code Napoléon. Il y avait à construire toute une théorie en harmonie avec les principes généraux des donations, et, d'autre part, tenir compte de la situation du possesseur chez celui qui prétend avoir reçu le don manuel. Cette situation est inattaquable si l'on conserve à la formule : « En fait de meubles, possession vaut titre » la valeur absolue que lui consacrait Bourjon. D'ailleurs, il est normal de faire appel au régime d'exception dont l'article 2279 fait bénéficier le possesseur de choses mobilières, plutôt que d'appliquer au donataire, le régime de droit commun en matière de preuve : *Actori incumbit probatio*.

Mais la jurisprudence a pu, à bon droit, penser qu'elle octroierait un privilège exorbitant au prétendu donataire si elle conférait à la présomption de titre dérivant de la possession un caractère irréfragable. Grâce à la généralité de la maxime, un grand nombre de larcins eussent pu être

1. 28 mars 1885, D. P. 1886.2.209.

impunément maintenus. Il ne fallait pas que le Droit pût être mis au service de la spoliation, et c'était à la jurisprudence d'y parer. C'est à ce dessein qu'elle a permis d'invoquer l'article 2229 pour combattre les effets de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre. » C'était, en somme, le meilleur moyen de défense dont elle pût armer l'adversaire du possesseur que de lui permettre d'attaquer les vices de la possession, et non pas exclusivement ses éléments intrinsèques tels que l'*animus* et le *corpus*. Une base aussi restrictive d'argumentation n'aurait justifié que la démonstration de la précarité de la possession. Les possessions entachées d'autres vices seraient restées à l'abri. La jurisprudence s'est refusée à n'envisager que le fait de la possession; elle a décidé de tenir compte également de l'attitude initiale du possesseur. Ainsi pouvaient être dévoilés les caractères violent ou clandestin de la possession. Le demandeur pouvait démontrer que le possesseur s'était emparé frauduleusement des meubles qu'il détenait. Bien plus, la Cour de cassation¹ a admis que le revendiquant recherchât l'origine de l'acquisition du bien, et en déduisit la mauvaise foi du possesseur. Dans l'exemple soumis à la Cour, le bien litigieux avait été acquis au cours d'une vente fictive et dolosive. Il a suffi de le prouver pour rendre admissible l'action en revendication. C'est encore l'analyse de l'attitude antérieure du possesseur qui révèle le caractère clandestin de sa possession. La jurisprudence permet d'en produire la preuve par tous moyens. A maintes reprises, s'est présenté devant les tribunaux le cas d'un possesseur qui a commencé par dissimuler certains biens mobiliers aux yeux des héritiers du *de cujus*. Puis, lorsque ceux-ci s'aperçoivent de leur disparition et commencent à suspecter le détenteur, ce dernier ne voit rien de mieux à faire que d'alléguer un don manuel qu'il aurait reçu du *de cujus*. Le soi-disant donateur n'est

1. D. P. 1894.1.278.

plus là pour protester, mais la jurisprudence vient en aide aux héritiers et déclarant que la seule dissimulation des biens litigieux dénonce le caractère clandestin de la possession. La charge de la preuve est renversée : Le prétendu donataire a perdu le bénéfice de la présomption qu'il tirait de l'article 2279. Désormais, c'est lui qui doit établir la réalité du don manuel¹.

A cet ordre de préoccupations, se rattache encore la position jurisprudentielle à propos des possessions équivoques : Elle qualifie de la sorte certaines situations rendant plausibles l'allégation d'un larcin. Ainsi, le seul fait de la cohabitation peut-il, aux yeux des tribunaux, être retenu comme jetant la suspicion sur l'origine de la possession de celui qui se prétend donataire. Il en résulte qu'une telle jurisprudence rend assez malaisé le rôle du possesseur, car la plupart des donations faites de la main à la main ne s'accompagnent guère d'un titre écrit, ni même d'un commencement de preuve par écrit, permettant la production d'un témoignage. Néanmoins, il nous apparaît qu'une telle exigence était pleinement justifiée dans un arrêt de la Cour d'Orléans² qui a relevé le vice d'équivoque dans la possession d'un banquier actionné en restitution de valeurs mobilières. Il alléguait les avoir reçues de l'un de ses clients à titre de don manuel. Et il arguait pour sa défense qu'en fait de meubles possession vaut titre. La Cour a décidé que l'acte du déposant n'impliquait nullement par lui-même la volonté chez celui-ci d'effectuer une translation de propriété. La situation de banquier, que la Cour d'Orléans mettait en vedette chez le défendeur, suffisait à entacher d'équivoque la possession car, *a priori*, il était permis de penser que les valeurs mobilières lui avaient été confiées à titre de dépôt. Dès lors il incombait au banquier de détruire cette présomption en prouvant que sa possession était légitime et à titre de propriétaire.

1. Cass. civ., 21 octobre 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.783.

2. 16 juillet 1887 (D. P. 1888.2.245).

Par conséquent, la Cour faisait bien jouer ici le mécanisme habituel que déclenche la présomption simple. C'est le même processus qu'a suivi, dans un jugement récent, le tribunal civil de Thonon-les-Bains¹. En l'espèce, le défendeur avait retiré d'une banque certaines valeurs, en vertu d'une procuration que lui avait donnée la propriétaire, quelque temps avant son décès. Le défendeur se prétendait donataire, et, pour n'avoir pas de titre à produire, invoquait l'article 2279, à l'appui de sa possession. Mais celle-ci a paru équivoque au tribunal, car la procuration pouvait n'être qu'un moyen de remplir une mission dont le *de cujus* entendait rester le seul bénéficiaire. Les héritiers de ce dernier triomphèrent dans leur revendication dès lors que le possesseur ne parvenait pas à établir de façon probante qu'il était donataire et non pas mandataire comme les apparences permettaient de le présumer.

Ces quelques exemples induisent à penser que les tribunaux français paraissent peu enclins à laisser indestructible la présomption dont l'article 2279 fait bénéficier le possesseur. Bien plus, ils usent de larges pouvoirs pour la minimiser. En effet, nous pouvons recueillir, dans un arrêt récent² de la Chambre des requêtes, le témoignage qu'elle laisse : « Toute latitude aux juges du fond pour décider dans leur pouvoir souverain d'appréciation et, à l'aide de tous moyens de preuve, si le possesseur est ou n'est pas équivoque. »

Retenant ainsi des vices qu'il est loisible de déceler objectivement, la jurisprudence allège considérablement la tâche du propriétaire évincé. Elle n'exige pas de lui la preuve difficile de la mauvaise foi de son adversaire. La notion de bonne foi étant évidemment subjective, il est malaisé de prouver directement son absence. En la matière, elle se définit par la croyance dans laquelle demeure le pos-

1. 12 mai 1933, *Revue trimestrielle*, 1934, p. 185.

2. Cass. req., 11 janvier 1937.

sesseur qu'il a acquis les meubles des mains de leur légitime propriétaire. Une telle acception est commune aux jurisprudences de France et de Québec. Et si nous citons une cause canadienne pour mettre en relief les faits qui permettent de l'attaquer, ce n'est nullement afin de signaler une différence avec les tribunaux français qui, croyons-nous, auraient adopté, en pareille occurrence, une attitude analogue. Cette cause *Herbert v. Fernel*¹ nous retrace les pérégrinations d'un violon prêté à son propriétaire primitif par l'acheteur de son voleur. Recouvrant la possession de son bien, le propriétaire du violon refuse de le rendre à l'acquéreur. Celui-ci revendique alors le violon devant la Cour de Circuit². La Cour lui donne gain de cause, estimant que le possesseur actuel ne peut invoquer qu'un titre précaire, par conséquent insuffisant à combattre le titre de propriétaire dont peut arguer l'acquéreur... Mais, devant la Cour du Banc du Roi, le violon sera rendu aux doigts qui, primitivement, l'avaient fait vibrer. L'avocat de l'appelant a démontré, en effet, que l'intimé savait lors de son acquisition, comment le violon était tombé dans les mains de son vendeur, lequel était ingénieur sur le bateau à bord duquel avait été égaré le violon. Cet ingénieur s'en était emparé, au lieu de le porter au bureau de la Compagnie. Les circonstances de la cause ont permis de démontrer que l'acquéreur avait su pertinemment qu'il achetait un objet trouvé. Il s'était, en quelque sorte, rendu complice d'un acte frauduleux. Il était juste que sa mauvaise foi le privât du bénéfice de la présomption de titre.

Remarquons que si l'analyse de la bonne foi nous met en présence d'une similitude de conception entre les deux jurisprudences, il n'en va pas exactement de même en ce qui concerne les effets :

Raisonnant à propos de l'exemple que nous avons sous les yeux nous supposons que la preuve de la mauvaise foi

1. 1863, *Banc du Roi*, 7, L. C. J. 302.

2. Jurisdiction qui correspond à la justice de paix en France.

eût été impossible à établir, et que, d'autre part, la possession de l'acquéreur parût réunir toutes les qualités requises pour la consolider. En France, la situation du possesseur aurait alors été déclarée inattaquable, tandis que dans la Province de Québec, la fin de non-recevoir n'aurait été opposée à l'action en revendication que s'il s'était écoulé un laps de trois ans depuis le jour où le propriétaire s'en est trouvé dépossédé. La Cour de Circuit a même paru exiger une prescription acquisitive, lorsqu'elle a laissé entendre que le titre précaire de l'ancien propriétaire qui avait recouvré son violon, était insuffisant à combattre le titre de propriétaire qu'avait pu se constituer l'acquéreur *par trois ans de possession*.

Dans les premiers mois qui suivirent la promulgation du Code civil de Québec, le même point de vue fut soutenu par devant la Cour de Circuit qui l'entérina en jugeant : « Que le défendeur ne pouvait invoquer une possession de » quelques mois et sa bonne foi, comme titre contre les » demandeurs, mais que, pour prescrire des meubles, il » faut une *possession de trois ans* de bonne foi¹ ». A la Cour de révision, le Juge Monk s'exprimait dans le même sens en déclarant que la possession de bonne foi permettant de prescrire doit avoir *duré trois ans* lorsqu'il s'agit de meubles.

Mais, par la suite, a été mis en vedette le fait que dans l'article 2268, les codificateurs avaient entouré de parenthèses l'expression « à compter de la dépossession », pour fixer le point de départ de la prescription triennale. C'est le procédé qu'ils ont employé à chaque insertion de droit nouveau. Cette addition témoigne, semble-t-il, qu'ils entendaient réserver à la prescription un sens extinctif bien plutôt qu'une valeur acquisitive. Et, actuellement, la jurisprudence de Québec n'exige pas que l'acquéreur de bonne foi ait conservé la possession pendant un laps de trois années. Elle se borne à opposer un obstacle au droit

1. Cause Gould vs. Cowan, 1866, 17, L. C. Reports, p. 45.

d'action dès lors que se sont écoulés les trois ans pendant lesquels l'action en revendication était recevable. On peut donc bien voir là une déchéance du droit d'action comparable au délai préfix que consacre dans le Code civil français, l'article 2279, alinéa 2.

C'est également en concentrant son attention sur un autre passage placé entre parenthèses dans l'article 2268 que la jurisprudence québécoise s'est séparée de Pothier sur la question de savoir si le créancier gagiste pouvait être admis, par analogie, à bénéficier des avantages conférés à l'acquéreur *a non domino*. Pothier¹ affirmait que le créancier ayant reçu un objet en nantissement pouvait être évincé par le propriétaire « qui n'avait pas consenti au nantissement ». La jurisprudence de Québec accorde, au contraire, le bénéfice de l'article 2268 au créancier gagiste. Elle se croit autorisée à une telle interprétation par les termes mêmes du Code : « Ni en affaires de commerce en général », qui sont de droit nouveau, et qui, dans le texte, sont immédiatement consécutifs à la disposition concernant l'acquisition dans une foire ou un marché.

Ainsi, dans la cause *Beaudry v. Bissonnette*² le Juge Rainville a-t-il accordé à un prêteur sur gage la restitution de la somme qu'il avait avancée sur un meuble à une personne qu'il croyait à tort en être la propriétaire. En France, cette situation privilégiée qui est actuellement garantie au créancier gagiste, lui a, longtemps, été refusée³. La jurisprudence justifiait alors cette attitude en s'appesantissant sur la qualité de détenteur précaire inhérente à la profession du créancier gagiste. Plus tard⁴, et grâce à une analyse plus subtile de cette qualité, elle a reconnu que la précarité de la détention du créancier gagiste ne devait exercer ses effets qu'à l'égard du débiteur qui lui a donné la

1. Pothier, *Traité du Nantissement*, n° 27, édit. Bugnet, t. V, p. 400

2. 2, L. N. 407.

3. Cass., 11 août 1847 (S. 47.1.641).

4. Cass., 23 janvier 1860, S. 1860.1.543.

chose en gage. Il lui a semblé qu'à l'égard des tiers, au contraire, le créancier gagiste pouvait apparaître comme un possesseur véritable, en tant que titulaire du droit réel de gage. Sa situation est donc tout aussi favorisée que celle du tiers acquéreur parce que, pas plus que celui-ci, il n'a été en mesure de connaître la propriété de son auteur. C'est cette considération qui a déterminé la Chambre des requêtes, le 12 mars 1888, à rendre la décision suivante : « Attendu que la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre », peut être invoquée par le créancier gagiste qui, de bonne foi, a reçu d'un détenteur précaire, un objet mobilier et qu'il a le droit de repousser jusqu'à paiement de sa créance l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de cet objet...¹ »

La jurisprudence exige seulement que le créancier gagiste puisse produire un nantissement régulièrement constitué.

Voilà donc encore un point de droit ajouté à la liste des nuances séparant à l'origine les deux systèmes juridiques, et qui ont été aplanies par les jurisprudences dans leur évolution respective.

Gardons-nous cependant de conclure qu'une similitude plus complète a pu être ainsi réalisée. Sur un point particulier dont nous croyons devoir dire un mot en terminant, une divergence profonde a pris jour, et s'est même accentuée au cours des années judiciaires. Le problème a été différemment résolu quant à la situation de la victime d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. Devait-on lui conférer les mêmes droits qu'à la personne qui revendique un objet perdu ou volé ? Le 13 janvier 1834, la Cour de Paris² donnait à cette question une solution affirmative. Mais dès l'année suivante, la Cour de cassation émettait un avis opposé³. Alors, en 1856, la Cour de Paris se ralliait

1. Cass., D. 1888.1.404.

2. S. 1834.2.91.

3. 20 mai 1835 (S. 1835.1.321).

à cette nouvelle orientation¹. Elle admettait que la revendication autorisée par l'article 2279 contre le possesseur de bonne foi étant une exception au principe général posé dans le paragraphe 1^o, devait rester strictement applicable aux objets perdus et volés, et qu'on ne pouvait l'étendre aux meubles détournés par suite d'escroquerie.

Les hésitations ont été plus brèves en ce qui concerne l'abus de confiance, et dès 1814, la Cour de Paris se refusait à l'assimiler au vol². Elle estimait que la victime d'un dépositaire infidèle ou d'un emprunteur indélicat devait supporter les conséquences de sa négligence. La légèreté de son choix la rendait, somme toute, moins digne d'intérêt que le tiers qui, en acquérant l'objet des mains du dépositaires, avait pu, en toute bonne foi, se croire en présence du véritable propriétaire. Mieux valait donc mettre à l'abri la possession de ce dernier, quitte à laisser insatisfait l'intérêt du propriétaire qui s'est naïvement laissé déposer.

La jurisprudence actuelle ne s'est pas départie de cette attitude : Citons, à titre d'exemple, un jugement rendu le 22 décembre 1927 par le tribunal civil de la Seine : Il s'agissait d'une automobile qui avait été vendue par un ami de la propriétaire à qui elle l'avait confiée, sans toutefois le charger de la vendre. La propriétaire a été déboutée dans le procès en revendication qu'elle intentait contre le tiers acquéreur³.

Devant une Cour de Québec, il n'en aurait pas été jugé de la sorte : En droit canadien, l'abus de confiance rentre dans l'acception générique de vol. Il se peut qu'en 1866, les codificateurs aient entendu le mot « vol » dans son sens étroit⁴. Mais, depuis lors, la jurisprudence québécoise

1. Paris, 9 janvier 1856 (D. P. 1857.2.136).

2. S. 1814.2.306.

3. Cf. *Revue trimestrielle*, 1928, p. 451.

4. Comparable à la définition que donne au terme « vol » le Code pénal français dans l'article 379

s'est, sans doute, laissé influencer par la langue anglaise qui s'emploie au prétoire, concurremment avec le français : Toujours est-il qu'elle consacre à l'idée de vol le sens large du mot anglais : « theft » qui englobe les concepts de détournement, escroquerie et abus de confiance.

Nous touchons là une différence irréductible entre les jurisprudences de France et de Québec, parmi tant d'autres qui se sont atténuées pour des raisons diverses.

Et c'est dans ce cadre, somme toute assez restreint, que la règle : « En fait de meubles possession vaut titre » donne à l'acquéreur de bonne foi une protection vraiment efficace, incontestablement plus forte que dans la Province de Québec. Mais, quand on a précisé toutes les conditions actuellement requises par la jurisprudence française pour que la possession mobilière constitue un obstacle inattaquable dans une action en revendication, il est bien permis de conclure que la maxime de Bourjon n'a pas conservé davantage une portée « universelle » qu'une force « absolue ».

CHAPITRE XI

LA CLAUSE DE RÉALISATION

L'interprétation de la volonté des parties constitue l'un des champs qui donnent la plus grande latitude à l'arbitraire du juge. Mais lorsque cette volonté s'exprime dans une convention dont la forme est consacrée par un usage immémorial, la jurisprudence doit adopter à propos de cette convention une attitude qu'elle ne modifiera pas à la légère, car il faut que les particuliers sachent à quoi s'en tenir sur la portée de la clause qu'ils insèrent dans leur contrat.

Actuellement, une certaine stabilité est acquise en France et dans la Province de Québec en ce qui concerne l'interprétation de la clause de réalisation, qui a soulevé jadis tant de controverses doctrinales. Mais, dans ces deux pays, les juges ont adopté des attitudes très différentes à l'égard des textes identiques auxquels elle se rapporte. Nous étudierons d'abord en quoi consiste la divergence d'interprétation, puis chercherons à la justifier par des arguments historiques et juridiques.

La cause canadienne qui revêt à ce sujet la valeur d'un arrêt de principe est la cause Véronneau¹ dans laquelle le juge Pagnuelo a estimé que la stipulation de propres insérée dans un contrat de mariage au sujet de certains meubles ne les a pas empêchés de tomber dans la commu-

1. Cour de révision, 4 mars 1893, R. J. Q., 3, C. S. 199.

nauté. L'effet de la clause ne se produirait dès lors que par l'octroi d'une créance sur la communauté au moment de la dissolution, cette créance ayant pour montant la valeur des meubles qui sont l'objet de la clause. Que si ces meubles existent encore en nature lorsque se dissout la communauté, la clause de réalisation doit procurer à la femme un privilège sur ces biens. Ici, le droit d'aliéner les meubles appartient au mari comme conséquence de ses pouvoirs d'administration. Ces deux notions sont liées à tel point que la femme ne pourrait se réserver la libre disposition de ses meubles que si elle stipulait qu'elle seule pouvait les administrer. Et, la clause de réalisation ne suffirait pas à engendrer un tel effet. Il faudrait nettement laisser entendre dans le contrat l'adoption du régime de séparation de biens. C'est la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme qui, dans le régime de communauté, commandait, aux yeux du Juge Pagnuelo, une telle interprétation afin que reste intacte la cohésion du système juridique qui la concerne. Il remarque à cet effet, que si des interprétations différentes ont pris corps dans la jurisprudence française, elles s'expliquent par la présence à la Cour de cassation de magistrats du Midi de la France, enclins à transposer dans le régime de communauté certaines dispositions qui rentrent dans le cadre du régime dotal¹.

Donc, l'interprétation canadienne se flatte de conserver l'harmonie d'un système juridique qui a subi en France quelques entorses, du fait de la multiplicité des régimes matrimoniaux. Elle invoque à ce sujet l'éminente autorité de Pothier dont elle conserve fidèlement la tradition. En signalant la « grande différence » qui sépare les meubles réalisés des « véritables immeubles qui sont propres de communauté », Pothier refusait à la clause de réalisation l'objet d'assimiler les meubles aux immeubles. L'ancien

1. Art. 1551, d'après lequel le mari n'est pas propriétaire des objets mobiliers lorsqu'ils ne sont pas estimés dans le contrat.

Droit l'entendait ainsi, et la fiction que comportait la clause ne se révélait que lors de la dissolution de la communauté. Jusque-là, la communauté était propriétaire des meubles ainsi « réalisés¹ ».

L'article 1498 du Code Napoléon a rompu avec cette conception, que la jurisprudence française n'a jamais fait revivre que par intermittence. Troplong, néanmoins, a fait remarquer que l'article 1503 maintenait la tradition de Pothier. Mais, si l'article 1503 reproduit les propres expressions de Pothier, à propos de la reprise « en valeur » des meubles réalisés, il ne vise en réalité que le cas de choses fongibles. Les controverses, à ce sujet, ont, au milieu du siècle dernier, débordé l'enceinte de l'Ecole, pour gagner le Palais. Ainsi, la Cour de cassation, le 21 mars 1859 analysait la clause de réalisation dans le sens indiqué par Pothier². Elle en déduisait comme conséquence que l'époux ayant fait l'apport n'avait pas le droit, à la dissolution de la communauté, de reprendre en nature le mobilier réservé propre.

Il faut regarder cet arrêt comme une exception dans nos annales juridiques, car, en général, la jurisprudence a marqué sa préférence pour l'opinion de Toullier, à savoir que la clause de réalisation a pour objet de soustraire certains biens mobiliers à la masse commune. L'époux en gardant la propriété, la communauté n'en serait qu'usufruitière; et, lors de la dissolution, l'époux pourrait les reprendre en nature, au même titre que ses immeubles. La Cour de Paris s'était prononcée en ce sens le 15 février 1839³ et le 3 janvier 1852⁴. La Cour de cassation, également, le 2 juillet 1840⁵. Plus affirmatif encore, s'est montré l'arrêt de la Chambre des requêtes du 5 novembre 1860, qui poussait jusqu'à l'extrême les conséquences de la clause

1. Pothier, *Communauté*, n° 325.

2. Cass. civ., D. 1859.1.761.

3. S. 40.2.212.

4. S. 52.2.133.

5. S. 40.1.887.

de réalisation ainsi entendue. En effet, il refusait au mari le droit d'aliéner « des valeurs mobilières telles qu'un titre » de créance qui ne se consomme point par l'usage, qui » peut être représenté en nature, et auquel une clause » expresse a imprimé un caractère propre. » Il ajoutait que si la jurisprudence octroyait le droit de disposition au mari, « il arrivait souvent que, par suite du désordre des affaires » du mari, la femme se trouverait dépouillée d'un bien » qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte; qu'en- » fin, le résultat d'une pareille extension donnée au pouvoir » du mari, serait d'attribuer à ses créanciers personnels le » droit de poursuivre le bien propre de la femme comme » chose de la communauté¹. » Cet arrêt a fixé de façon définitive l'interprétation des articles 1498 et 1500 du Code civil français. Il consacrait donc un droit nouveau, plus en rapport, semble-t-il, avec l'extension prise dans les patrimoines, au cours du XIX^e siècle, par la fortune mobilière. Il permettait à un père de soustraire au pouvoir de disposition de son gendre certaines valeurs qu'il constitue en dot à sa fille, exactement comme Pothier l'eût admis pour des immeubles qui, de son temps, formaient la part importante des patrimoines. La clause de réalisation ne correspondrait nullement à ce désir bien légitime de la part d'un père, si la jurisprudence l'affectait de conséquences ne cadrant pas avec les termes qu'elle comporte.

La jurisprudence française pouvait faire bon marché de l'opinion des auteurs de l'ancien Droit puisque le Code de 1804 abrogeait les dispositions antérieures. Les juges de la Province de Québec ne se sentaient pas les mains aussi libres en face de leur code. Dans l'esprit de ses auteurs, il a pour objet la consécration du Droit existant en 1866. Il n'opère pas une cassure, mais une cristallisation.

Telle était à coup sûr la considération qui a prévalu aux yeux du Juge Pagnuelo, lorsqu'il déniait toute impor-

1. S. 61.1.49.

tance à la date du contrat de mariage soumis à son interprétation dans la cause Véronneau. Cette date¹, cependant, était antérieure à la confection du Code civil, et eût pu justifier, à elle seule, une interprétation conforme au Droit de Pothier. Et, si le juge Pagnuelo a également négligé la similitude des textes canadien² et français, ainsi que l'interprétation contemporaine de la Cour de cassation, c'est bien parce qu'il estimait que le Droit de la Province de Québec devait être conçu comme une survivance de celui qu'enseignait Pothier.

1. 1858.

2. Art. 1385.

CHAPITRE XII

LA DETTE DE JEU

C'est la similitude dans la loi et la divergence dans la jurisprudence que l'examen comparatif nous fera apercevoir en matière de dette de jeu. Les directives législatives sanctionnent l'illicéité de la dette de jeu par le moyen d'une exception de nature à enrayer sa répétition.

Leur effet s'exerce-t-il à l'encontre des tiers? Ou, plus précisément, le joueur qui s'est fait prêter des sommes d'argent dispose-t-il de cette exception de jeu afin de paralyser l'action en justice de son prêteur?

Voilà qui ressort du domaine jurisprudentiel et qui a pu être marqué d'une empreinte particulière à chaque pays. Analysant les circonstances qui entourent le prêt, l'une des jurisprudences exigera tel critérium que néglige l'autre.

L'examen de cette analyse retiendra d'abord notre attention. Puis un second paragraphe sera consacré au contenu du contrat de jeu. La position du problème consistera à dégager par quel processus le marché à terme qui, autrefois, était impliqué dans cette notion en a été détaché, pour des raisons économiques qui ont prévalu sur des considérations tirées de l'ordre public. Ce sera pour nous l'occasion de mentionner une création jurisprudentielle à l'actif du Canada.

Il se trouve, dans la jurisprudence canadienne, une cause qui a pu servir de pierre angulaire en la matière;

parce qu'elle a été jugée par l'un des codificateurs, elle illustre la pensée législative au point de faire corps avec elle¹.

C'est son autorité qui permet d'affirmer que le Code de Québec n'a pas voulu faire revivre la disposition de l'Ordonnance de 1629 pour justifier le refus d'action en répétition au prêteur qui a avancé des sommes à un joueur. La cause *Amesse v. Latreille* introduit une distinction que ne comportaient nullement les termes très larges de la prohibition de 1629 : « Défendons à toute personne de prêter » argent, pierreries ou autres meubles pour jouer, ni répondre pour ceux qui jouent, à peine de la perte de leurs » dettes et nullité des obligations et confiscation de corps » et de biens, comme séducteurs et corrupteurs de la jeu- » nesse, et à cause des maux innombrables que l'on en voit » provenir chaque jour. »

Dans la Province de Québec le refus d'action en répétition ne frappe le prêteur que s'il est directement intéressé au jeu. La cause *Eager v. Lajeunesse*² par exemple, en a décidé ainsi, parce que c'était le tenancier d'une maison de jeu qui avait prêté au joueur une somme d'argent destinée à lui permettre de continuer à jouer.

Supposons un prêteur qui, ne tirant aucun bénéfice du jeu lui-même, soit cependant au courant de l'intention qu'a son emprunteur de destiner la somme au jeu; la jurisprudence de Québec admettra son action en recouvrement. Elle estime, en effet, que l'exception de jeu ne peut être déclanchée à son égard³. L'article 1927 qui, dans le Code de Québec, la concerne, est semblable à l'article 1965 du Code français. Or l'interprétation jurisprudentielle de France reflète davantage la sévérité de l'ancien Droit à l'encontre du prêteur. Dans son désir de combattre plus efficacement une pratique qu'elle estime nuisible au bon

1. *Amesse vs. Latreille*, 7, L. N., p. 326.

2. *Eager vs. Lajeunesse*, 8, L. N., p. 190.

3. Cause *Riopelle vs. Riopelle*, 19, R. L., p. 249.

ordre social, elle a fait déborder l'article 1965 au delà du cadre où la restreindrait une logique que n'assouplirait en rien le souci d'exercer un rôle moralisateur.

C'est ainsi qu'en 1838, la Cour de cassation avait refusé toute action en restitution au prêteur, sans distinguer selon que le prêt avait lieu avant ou après la perte au jeu¹. Cette répercussion indirecte de l'illicéité du contrat de jeu n'a pas été maintenue dans toute sa rigueur par les cours d'appel. En 1882, un arrêt de Paris valide, en effet, une créance consentie pour aider un joueur à éteindre sa dette². La question se posait de savoir s'il suffirait d'arguer de la qualité de garçon de cercle chez le prêteur pour mettre obstacle à son action en répétition. Elle n'a pas paru constituer une considération suffisante aux yeux de la Cour.

La Cour de Paris a fait valoir qu'en l'occurrence, le prêt n'avait pas été fait en vue d'alimenter le jeu, mais afin de permettre au perdant d'effectuer son paiement. Le garçon de cercle a donc, en l'espèce, bénéficié d'une action en répétition, parce que la partie était terminée et qu'il s'agissait uniquement d'un règlement de compte. Dès lors, on ne pouvait reprocher au prêteur d'avoir favorisé l'acte illicite. Sa situation était évidemment bien préférable à celle qui, en 1892, a justifié la rigueur de la Cour de cassation³. Le pourvoi du prêteur, dans cette affaire célèbre, mettait en relief qu'il n'avait pas participé à la partie de jeu, et que par conséquent l'exception de l'article 1695 ne devait pas lui être opposable. Mais le rapport du Conseiller Lepelletier a conclu au rejet de ce pourvoi parce que ce serait « encourager et exciter le jeu que de donner l'action, » qu'on refuse au joueur, à celui qui lui a permis de s'y « livrer, en lui en fournissant sciemment les moyens. » C'est donc en scrutant l'esprit de la loi, que le juge français

1. S. 1838.1.753.

2. 6 juillet 1882, D. 1884.2.95.

3. Cass. req., 4 juillet 1892, S. 1892.1.513

a trouvé opportun d'étendre aux tiers l'application de l'article 1695, alors même qu'ils étaient étrangers au contrat de jeu, pour n'y être pas parties.

Le conseiller rapporteur insiste sur la connaissance qu'avait le prêteur d'alimenter une partie de jeu; et il l'examine à travers le prisme de la théorie pénale de la complicité : « Si le caractère de l'acte commis ne permet pas de lui donner une sanction civile, ne doit-elle pas atteindre celui qui s'est associé à cet acte, qui l'a rendu possible, et qui a favorisé la perpétration et la continuation de ce fait illicite, le jeu, puisque c'est pour l'alimenter qu'il a fourni de l'argent au joueur? » S'étant comporté comme un complice, le prêteur ne peut, aux yeux de la Cour, être réputé « étranger » au jeu. Ainsi l'analyse jurisprudentielle est-elle parvenue à définir le contenu de ce concept juridique¹.

L'acception qu'elle consacre à propos de la notion de « dette de jeu » est donc plus large que dans le Droit de Québec qui, pour donner au prêt ce caractère, exige qu'il ait été consenti en vue de favoriser le jeu. Il faut, au Canada, que les circonstances de la cause en apportent la preuve indépendamment du fait que le prêteur connaissait la destination de la somme empruntée. La cause du contrat de prêt ne parvient à le vicier que si elle a nettement déterminé la volonté du prêteur, d'après les preuves alléguées.

La jurisprudence française introduit une présomption de plus. Et, c'est de la connaissance qu'a le prêteur du but que se propose l'emprunteur qu'elle déduit le désir de favoriser le jeu. Du reste, à supposer que cette intention n'en découle pas nécessairement, quel fait pourrait-on établir qui la prouvât davantage ?

1. Un arrêt récent, rapporté au D. H., 1927, p. 116, a statué dans le même sens : « Attendu qu'aux termes de l'article 1695 C. civ. la loi n'accorde aucune action pour dette de jeu; que cette disposition générale et absolue s'applique au tiers qui a fait à un joueur des avances de fonds qu'il savait devoir servir au jeu, et qui a ainsi concouru sciemment et intentionnellement à un acte illicite. »

II

L'illicéité qui frappe le contrat de jeu entachait jadis au même titre la spéculation en bourse. Mais la liberté du commerce et l'esprit d'entreprise ont commandé le rajeunissement d'un ordre public dont la rigueur apparaissait désuète. Et, c'est à la fin du *xix^e* siècle que la réforme s'est opérée en France, par la voie législative; et dans la Province de Québec, grâce à une création jurisprudentielle.

Il a fallu, en France, la promulgation de la loi du 8 avril 1885 pour que soit reconnue la validité des marchés à terme. Il devenait désormais impossible de se prévaloir de l'article 1965 pour se soustraire aux obligations qui résultent des marchés à terme, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. Jusqu'alors c'était dans ce paiement de différence que la jurisprudence décevait le critérium lui permettant de définir le marché à terme comme une opération de jeu sur la hausse ou la baisse des valeurs ou des denrées. Ainsi l'arrêt des requêtes du 16 février 1881 avait-il dénié tout caractère sérieux à des opérations sur les farines, qui n'étaient jamais suivies de livraison¹.

C'est au prétoire que le problème a été résolu dans la Province de Québec. Il révèle l'une des faces de l'antagonisme entre, d'une part, l'esprit de tradition qui commandait le maintien de l'ordre public ancien, et, d'autre part, l'influence anglaise qui cherchait à faire évoluer le Droit vers une direction éminemment plus propice à la vie des affaires. Le progrès de l'industrie et l'évolution du commerce ont entraîné une transformation des pratiques bancaires, et peu à peu les juges n'ont plus pensé à qualifier d'agiotage les spéculations boursières nécessitées par la vie des affaires. L'ordre économique dictait dorénavant sa

1, D. P. 1883.1.208,

formule à l'ordre public. C'est la concurrence sur le marché mondial qui requérait du juge qu'il se départît de sa sévérité passée.

Ainsi, les spéculations à termes qu'en 1882, le Juge Taschereau, dans la cause *Fenwick v. Ansell*¹ déclarait illégales et n'entraînant pas même d'obligation naturelle, nous les voyons reconnues comme parfaitement licites par le Conseil privé dans la cause *Forget v. Ostigny*².

C'est dans ce jugement célèbre qu'il renversa toute la jurisprudence antérieure. Désormais, la justice reconnaissait comme valable la spéculation à terme. Elle ne l'analysait plus comme un jeu de hasard, mais comme une opération commerciale consistant à acheter des actions dans le but de les revendre, dès la hausse, pour réaliser un profit. Désormais, le courtier pouvait poursuivre devant les tribunaux le recouvrement des sommes dues par ses clients à la bourse. Et, cependant, n'était-il pas comme autrefois, intéressé à un contrat de jeu ? On a changé la formule, et déclaré qu'il ne participait pas à un contrat de jeu, dès lors que son seul intérêt consistait dans la commission due par ses clients.

Il reste maintenant à étudier la genèse de cette cause afin de mettre en balance les diverses influences qui ont contribué à la formation juridique du nouvel état de choses.

En Cour supérieure, l'agent de change qui voulait se faire rembourser lors du report s'est vu refuser le droit d'invoquer le mandat qui lui aurait été confié par son client. Son action n'a pas été jugée recevable, parce qu'il savait que son client n'avait pas l'intention d'acheter et de prendre livraison, mais seulement de spéculer³.

Ce n'est donc pas la notion de mandat qui a prévalu en l'espèce, ou du moins, ce mandat a-t-il paru revêtir l'aspect d'un contrat de jeu parce que l'agent de change s'est prêté

1. 5, L. N. P. 290.

2. *Law Reports. Privy Council*, 1895, p. 318.

3. Cause *Forget vs. Ostigny*, 1892. Cour Supérieure, 21 R. L., p. 387.

à la spéculation en connaissance de cause, et qu'il l'a facilitée. Or la spéculation est considérée comme une cause de ruine pour les familles, une entrave au commerce général, et une atteinte au crédit des fonds publics.

Le Juge Pagnuelo, qui siégeait en Cour supérieure, fait ensuite remarquer que les édits français traitant de l'agiotage, de 1724, 1785 et 1786 n'ont jamais été en vigueur au Canada, le premier, qui, seul, aurait pu l'être, n'ayant pas été enregistré par le Conseil souverain de Québec. Il cite ensuite la loi de 1885 sur l'exception de jeu, et remarque que la jurisprudence française a « fini par mettre de côté toute règle inflexible, pour ne s'arrêter qu'à l'intention des parties¹ ».

Puis, il signale que, dans une cause précédente, *Mc-Dougall v. Demers*² deux des juges de la Cour d'appel ont tenté d'introduire une distinction qui est d'origine *anglaise* : Ils ont soutenu que la nullité du contrat de jeu de bourse n'affecte que l'acte passé entre les deux parties contractantes et n'empêche aucunement l'agent qui a exécuté l'ordre du client d'intenter une action contre lui.

La majorité de la Cour, dans cette affaire *Mc Dougall*, s'était prononcée contre les Juges Ramsay et Monk. Elle a maintenu en l'occurrence le principe de droit français qu'une cause illicite, telle que le jeu, vicie le mandat.

Pour ce qui est de la spéculation à terme, notons, par ailleurs, que les jurisprudences anglaise et américaine, vers 1892, observaient la même ligne générale que celles de France et du Canada : Elles assimilaient la spéculation à terme à un contrat de jeu chaque fois que le jury décelait chez les parties l'intention de ne régler le marché que par un paiement de différence.

Voici comment se terminent les notes du juge : « Le défendeur invoque la loi qui le protège contre l'entraînement

1. Allusion à D. 1863.2.72 et à D. 1883.1.208.

2. M. L. R., 2, Q. B. 170.

» du jeu de bourse, comme du jeu de cartes. Nous n'avons
» pas à nous enquérir si le client qui refuse de payer des dif-
» férences de jeu de bourse, est plus à blâmer que le broker
» qui l'a favorisé dans le jeu. La loi est portée dans l'intérêt
» public et, il n'y a pas de déshonneur à se protéger contre
» ses folies au moyen d'une loi morale et d'ordre public¹. »

La *Cour du Banc de la Reine* a confirmé ce jugement. malgré le dissentiment du Juge Hall². Il nous a paru intéressant de pénétrer les motifs du Juge Hall, car ils contiennent en germe le revirement que consacrera, par la suite, le Conseil privé. Il estime que, quelle qu'ait pu être l'intention de spéculer du client, c'est sur lui que doit retomber la perte, et non pas sur les agents qui ont reçu ses instructions. Il évoque ensuite l'échec des lois et des juges en France et en Angleterre, pour enrayer la spéculation. Il rappelle la loi française de 1793, exemple unique de sévérité en cette matière, puisqu'elle punissait de mort ceux qui spéculaient sur les valeurs émises par l'Etat, et il remarque que, moins d'un siècle plus tard, en 1885, en votant la loi sur l'exception de jeu, le Parlement français avouait l'impuissance des gouvernements à empêcher les individus de se ruiner.

Le Juge Hall ajoute qu'en Angleterre, une expérience analogue a été tentée et qu'elle a été vouée au même insuccès : La loi passée en 1834 (Geo. II, chap. 8) intitulée : « An Act to prevent the infamous Practice of stock jobbing » est restée lettre morte, puis a été rapportée par 23 et 24 Vict. ch. 28 pour n'être plus jamais rééditée.

Dès lors, il apparaît au Juge Hall que les Cours devraient hésiter à entreprendre une tâche dans laquelle ont si remarquablement échoué ceux-là même auxquels il appartenait d'y parer.

A son avis, ce n'est pas sans danger que l'effort louable d'atteindre des cas particuliers peut enrayer l'emploi du

1. 21, R. L. 416.

2. 4, B. R., p. 118.

capital et décourager l'esprit d'entreprise dont dépendent le progrès et la prospérité du pays.

Et cet avis, qui n'a pas été suivi par la majorité de la Cour du Banc de la Reine, comme nous l'avons déjà signalé, a pu peser davantage auprès du *Conseil privé*, dont la décision s'est déroulée suivant le processus que nous allons schématiser : Elle débute par une analyse de la transaction dont elle fait ressortir le caractère assez particulier, car l'appelant s'était engagé à payer à l'intimé le surplus de valeur des actions si elles montaient, et l'intimé devait déboursier la différence qui pourrait se produire en sens inverse.

Toute la question consistait à savoir si la somme pouvait être réclamée en justice. L'article 1927 refusant un droit d'action au gagnant d'un jeu ou d'un pari. Il s'agissait donc de déterminer la nature du contrat intervenu entre l'agent de change et son client.

Dans l'analyse de cette transaction, le Lord Chancelier fait allusion aux termes du statut anglais relatif aux contrats de jeux ; non pas que les décisions des Cours anglaises puissent être d'une autorité quelconque pour éclaircir l'article du Code canadien, mais parce que les termes du statut 8 et 9 Vict. c. 109 ne diffèrent guère de ceux du Code. Ce statut rend nul et non avenu tout contrat de jeu.

Aussi le Lord Chancelier se réfère-t-il à une affaire *Thacker vs. Hardy* qui a été jugée par la Cour d'appel d'Angleterre. Et il en extrait ce passage : « L'agent de change n'a pas d'intérêt en bourse et peu lui importe la hausse ou la baisse du marché. » Et comme son gain ne découle pas de la transaction, mais de la commission qu'il doit recevoir, quel que puisse être le résultat de la transaction pour le défendeur, le Conseil privé conclut qu'en dépit du caractère aléatoire qui l'affecte, une telle spéculation ne doit pas être assimilée au contrat de jeu.

CHAPITRE XIII

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU TRANSPORTEUR

La matière des obligations forme, sans conteste, le terrain le plus propice aux constructions jurisprudentielles.

L'analyse constante des contrats a pu amener les tribunaux à définir le contenu de ceux que ne prévoyait pas la loi dans la lettre. C'est par analogie avec le contrat de transport des choses que le transport des personnes a revêtu ainsi la forme d'un contrat mettant à la charge de celui qui l'assume une obligation de sécurité.

Cette assimilation, nous en découvrons les traces dans les deux jurisprudences que nous rapprochons au cours de cette étude. Mais remarquons que l'évolution n'est nullement parallèle :

Dans la jurisprudence de Québec, nous avons relevé une cause de la Cour du Banc du Roi qui, dès 1893, consacrait très nettement l'extension aux personnes de l'article 1675 relatif au transport des choses¹.

Les termes du Juge Ouimet qui statuait dans cette cause² sont absolument dénués d'équivoque : « La Compagnie était tenue de protéger entièrement les passagers contre tout danger. Le voiturier public doit une garantie absolue

1. Voici l'article 1675 du Code civil de Québec : « Les voituriers sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent que la perte ou les avaries ont été causées par cas fortuit ou force majeure, ou proviennent des défauts de la chose elle-même. »

2. Cause *Carrière vs. Montreal street railway*, 1893, R. J. Q., 2, B. R. 399.

aux *passagers*. Les règles concernant le transport des marchandises par les voituriers s'appliquent, *mutatis mutandis*, au transport des voyageurs. »

Notons que cette position, la jurisprudence française ne l'adopte de façon unanime que depuis 1911¹, mais qu'actuellement la jurisprudence canadienne paraît y avoir renoncé. Peut-être, un article² paru dans la *Revue Légale de la Province de Québec*, en 1896, n'a-t-il pas été étranger à ce revirement : Nous y trouvons, sous la plume de M. Philippe Demers³ une protestation contre l'extension de l'article 1675 au transport des personnes. Son argumentation repose sur une double analyse ; il estime qu'il y a dépôt dans le transport de marchandises, et louage de service dans le transport des personnes. Dès lors, le transporteur n'a pas à rendre compte de l'accident arrivé au voyageur. C'est ce dernier qui doit prouver la faute du voiturier.

Une telle argumentation aboutissait à proposer le retour pur et simple à l'application des règles de la responsabilité délictuelle. Et, de nos jours, ce sont elles qu'appliquent en la matière les tribunaux de la province. Citons, à titre d'exemple, la cause *Legaré v. Montreal Tramways C^o*⁴ dans laquelle l'Honorable Juge Fabre-Surveyer refuse d'étendre aux personnes la portée de l'article 1675.

En 1926, la Cour d'appel s'est montrée aussi restrictive dans la cause *Montreal Tramways v. Pistchick*⁵. Les cinq juges de la Cour se sont trouvés d'accord pour proclamer que la nécessité de prouver la faute du transporteur incombe au passager qui subit le dommage au cours du transport⁶.

L'année suivante, dans une décision *Boisvert v. Massi-*

1. Cass. civ., 21 novembre 1911 (S. 1912.1.73).

2. R. L. n. s., II, p. 490.

3. Qui est actuellement juge à la Cour supérieure de Montréal.

4. *Cour supérieure*, 1923, t. LXI, p. 291.

5. 41, B. R. 324.

6. Lorsque cette affaire avait été portée en Cour supérieure, le Juge Boyer avait admis la revendication du voyageur blessé au cours d'une collision entre le tramway où il avait pris place, et un camion.

celle¹, le Juge Lafontaine examine la responsabilité du transporteur sans l'apparenter ouvertement aux règles du contrat ni du délit. Il estime qu'une telle analyse n'offre aucun intérêt, du moment que « toutes les circonstances » de l'accident sont révélées par la preuve ». Néanmoins, il mentionne l'obligation pour le voiturier de transporter ses voyageurs « avec l'habileté requise et la prudence » nécessaire de façon à éviter tout accident de route pouvant entraîner des blessures et lésions. »

Gardons-nous cependant de prétendre que le juge se montre enclin à adopter une attitude similaire à celle de la jurisprudence française. En effet, un coup d'œil jeté à la sentence montre que c'est en vertu de l'article 1053² que le voiturier a été condamné, en raison de son inhabileté dans la conduite de l'automobile. Remarquons qu'en Cour supérieure, aucune responsabilité ne lui avait été imputée, car l'accident y avait été considéré comme provenant d'une cause « imprévue, assimilable à un cas fortuit ».

Cette argumentation nous fait toucher du doigt l'intérêt primordial qu'offre le résultat d'une telle controverse. C'est qu'en affectant d'un caractère contractuel la responsabilité du voiturier, la jurisprudence française renverse la charge de la preuve. Et les accidents dont on ne peut déceler la cause restent imputables au transporteur.

La Cour de cassation, en 1911, a adopté cette solution parce qu'elle lui a paru plus équitable que d'exiger du voyageur la démonstration de la preuve d'une faute chez le transporteur. Dans ses grandes lignes, cette attitude n'a pas été démentie depuis. Actuellement, des divergences se font encore sentir dans la jurisprudence en ce qui concerne les caractères requis des cas d'exonération de la responsabilité. Ainsi, la Cour de Lyon le 31 octobre 1936³ s'est montrée

1. Québec, 1927, *Banc du Roi*, t. XLIV, p. 75.

2. C'est l'article du Code civil canadien qui correspond à l'article 1382 du Code français.

3. S. 1937.2.53.

plus indulgente pour le transporteur que le tribunal civil de Poitiers dans son jugement du 10 février 1937¹. Dans le premier cas, l'obligation de sécurité pesant sur le transporteur a été considérée comme entraînant une présomption de responsabilité dont il peut se libérer par la preuve d'un cas de force majeure. Et, dans l'espèce, la faute d'un tiers constituait le cas de force majeure, du moment que le fait n'a pu être empêché par le transporteur. Par contre, le tribunal de Poitiers n'admet l'exonération du transporteur que lorsque le fait du tiers revêt le caractère d'imprévisibilité. Dès lors, une collision n'est pas retenue comme cause d'exonération, car elle constitue un risque normal du transport — ou, en d'autres termes, une éventualité qui a dû être prise en considération lorsqu'a été fixé le prix du transport. Ce dernier point reflète une tendance qui s'affirme dans la jurisprudence contemporaine et que justifie dans une large mesure le développement de l'assurance. Nous voulons parler de la conception d'après laquelle tout entrepreneur prend à sa charge les risques de son entreprise comme la contre-partie du profit qu'il en retire.

La jurisprudence de Québec n'a pas voulu adhérer à cette doctrine, et c'est, pensons-nous, pour ne pas s'y laisser entraîner qu'elle a fermement entendu maintenir la responsabilité du transporteur sur le terrain délictuel.

Les développements qui vont suivre montreront par ailleurs que l'état de son droit n'exigeait pas une construction jurisprudentielle aussi poussée, pour donner satisfaction à l'équité dans le cas où la victime meurt de l'accident. En cette occurrence, le Code civil de Québec prévoit, en effet, un recours des parents dans son article 1056.

En France, l'absence d'une disposition similaire a obligé les tribunaux à imaginer que le voyageur en contractant, stipule non seulement la sécurité pour lui-même, mais, en outre, un dédommagement pour les membres de sa famille, au cas où un accident mortel les priverait de leur soutien.

1. S. 1937.2.55.

Ceux-ci, en effet, ne pouvaient trouver ce recours dans la succession du *de cuius*, car l'obligation de sécurité n'est pas transmissible, du moment que l'action n'a pu s'ouvrir au profit de la victime tuée sur le coup¹.

Certes, le détour est ingénieux, et permet des réparations équitables, mais il donne une singulière idée de la façon dont les tribunaux envisagent le contrat comme étant la *libre* manifestation de l'entente des parties...

C'est là un des exemples les plus flagrants de la hardiesse du juge contemporain que de donner pour contenu à un contrat qu'il présume, une obligation qui n'a pas été délibérément assumée par l'une des parties, mais dont l'utilité sociale lui paraît démontrée.

Nous avons vu que la jurisprudence canadienne s'est refusée à faire montre d'une telle audace dans l'analyse du transport à titre onéreux, et, cependant, lorsque le transport est *gratuit*, elle n'hésite pas à dire que : « Il y a contrat entre le chauffeur bénévole et celui qu'il transporte² ».

Cette assimilation à un contrat qu'invoque ici la Cour du Banc du Roi, elle ne l'a pas empruntée à la jurisprudence française. Voici un arrêt qui place très nettement le transport bénévole sur le terrain délictuel³ : « Si le transporteur » bénévole échappe à la présomption de responsabilité » édictée par l'article 1384, il n'en demeure pas moins » responsable, aux termes de l'article 1382, du préjudice » causé au voyageur par les fautes qui lui sont imputables. » Cet arrêt n'est nullement exceptionnel. Il témoigne d'une position généralement adoptée par les Cours et tribunaux de France.

A l'opposé, examinons quelles conséquences ont été tirées dans la Province de Québec de l'analyse du transport bénévole : Du fait que l'invité est transporté gratuitement,

1. Cf. Ripert, *La Démocratie et le Droit civil moderne*, p. 340.

2. 1932, R. J. Q., 4, B. R., p. 335.

3. Cass. crim., 18 juillet 1929 (S. 1932.1.159).

il est censé accepter tous les risques de la promenade¹, et ne peut exercer aucun recours contre son conducteur, si celui-ci manifeste la prudence d'un bon père de famille².

En quoi consiste cette prudence que doit déployer le conducteur? Nous avons recueilli des exemples où elle était mise en défaut par une fausse manœuvre de sa part³ ou par un excès de vitesse sur un « gravier mouvant³ ».

Par conséquent, l'acceptation des risques par le transporté bénévole, tout implicite qu'elle puisse être, ne l'engage pas exagérément loin, puisque la preuve de la faute chez le conducteur reste, somme toute, assez aisée à établir.

La jurisprudence canadienne n'a donc pas voulu pousser la logique de l'idée de contrat jusqu'en ses derniers retranchements comme celle de Belgique a pu, pendant un certain temps, lui en donner l'exemple.

Les Cours belges, en effet, analysaient le transport bénévole comme un contrat de bienfaisance, en vertu duquel le transporteur n'était tenu que de sa faute lourde. Elles ont renoncé depuis lors à cette attitude, et se sont ralliées à celle qu'adopte, en France, la Cour de cassation.

1. Cour supérieure : cause Pineau vs. Pezzuelo, 391 R. L. 131.

2. R. J. Q., 68, C. S., p. 42.

3. *Banc du Roi*, t. LI, p. 34.

4. Cour supérieure, cause Guilbaud vs. Arcand, 68, p. 42.

CHAPITRE XIV

LE MANDAT TACITE DE LA FEMME MARIÉE

La théorie du mandat tacite était déjà connue de l'ancien Droit. L'application en était courante, pour ce qui concerne les victuailles et provisions du ménage. Mais, dans le Droit de Pothier, elle ne s'étendait pas au delà.

Nous savons combien dans la Province de Québec, les juristes se montrent respectueux des écrits de Pothier. Constamment, au prétoire, on en cite des passages et ses références comptent parmi les plus prisées des magistrats. Leur esprit traditionaliste allait-il mettre obstacle à des développements aussi audacieux que ceux dont la jurisprudence française a, depuis cinquante ans, doté la théorie du mandat tacite de la femme mariée?

Tel est l'angle sous lequel sera étudié le problème de l'extension donnée au mandat tacite dans l'une et l'autre jurisprudences.

Dans la Province de Québec, il semble qu'à la fin du siècle dernier, l'esprit traditionaliste inclinait le juge à ne pas s'écarter de la portée restreinte accordée par Pothier au mandat tacite. C'est, du moins, ce qui ressort assez nettement des termes dont s'exprime la Cour de révision dans la cause *Pichette v. Morisselle*¹.

Il s'agissait d'effets achetés par la femme pour son mari. Ce dernier n'a pas été tenu d'en payer le montant, parce

1. 26, C. S. 46.

que, d'une part, ces effets n'étaient nullement nécessaires à la vie de la famille, et que, d'autre part, aucune preuve de l'autorisation maritale n'a pu être apportée qui satisfait le tribunal. Le passage suivant montrera combien il redoute de permettre que le mari soit engagé à son insu : « Même si » la femme du défendeur était autorisée à acheter pour » son mari des effets de ce genre, il ne s'ensuit pas qu'elle » était autorisée à faire l'aveu sur lequel roule exclusive- » ment la preuve du demandeur... L'aveu a été fait par » la femme du défendeur, non pas au cours des achats » qu'elle aurait faits pour son mari, mais après, et dans une » circonstance absolument distincte. Il ne pourrait donc » lier le défendeur que s'il était prouvé qu'il l'avait *spécia-* » *lement* autorisée à le faire. »

De ce jugement, on rapprochera la cause *Mc Cuaig v. Cox*¹ pour montrer combien, en trente ans, une évolution s'est produite dans l'acception que comportent, au Canada, les termes : « Charges du ménage ». Il s'agit, dans cette cause, d'opérations de bourse effectuées avec des deniers de la communauté par une femme commune en biens. Le mari était au courant des tractations, mais n'avait pas muni sa femme d'une autorisation *expresse*. En tant que chef de la communauté, il demande au tribunal l'annulation de ces opérations de bourse. La Cour du Banc du Roi a décidé que celles-ci pouvaient faire l'objet d'un mandat tacite parfaitement valable. Quelques années plus tard, la Cour supérieure donne une solution analogue quant à la location d'un logement². Elle considère que c'est là un acte relatif aux besoins du ménage, et qui engage la responsabilité du mari; malgré l'absence d'autorisation de sa part, il est censé avoir conféré à sa femme le mandat de passer un bail. La même attitude a été adoptée en Cour de circuit dans une cause de 1933³.

1. 58, B. R. 210.

2. 1931, R. J. Q., Gratton vs. Hermann, 69, C. S. 479.

3. 40, R. L. n. s., p. 4.

Il va sans dire que les vêtements que se commande la femme pour elle-même rentrent dans la catégorie de « besoins du ménage », et font l'objet d'un mandat tacite. Mais on tient compte des ressources réelles du mari pour toutes les réclamations émanant des fournisseurs de la femme¹. Les mœurs américaines justifient même plus fortement cette solution que celles d'Europe : Il est rare qu'au Canada, les jeunes filles apportent une dot en se mariant; dès lors, on comprend que les actes de la femme mariée engagent les biens communs et ceux du mari puisque ce sont généralement les seuls qui puissent constituer le gage de ses créanciers. Cette considération explique également que le régime de séparation de biens ne soit guère favorable à la femme dans la Province de Québec, d'autant plus que l'existence du douaire y ayant persisté, la femme se verrait dans l'obligation d'y renoncer, en même temps qu'à sa part de communauté. L'on verra cependant des époux adopter le régime de séparation de biens, lorsqu'ils apportent, l'un et l'autre, une fortune personnelle. Quelle que soit la rareté du fait, il faut bien l'envisager.

Comme dans le Droit français², le mandat tacite existe également sous le régime de la séparation de biens. En voici le témoignage que nous avons traduit de la cause *Colé v. Mc Laughlin*³ : Qu'elle soit ou non séparée de biens, la femme jouit d'un mandat tacite pour tous les achats nécessaires au ménage, en genre et en quantité qui correspondent aux conditions de vie et aux ressources pécuniaires des époux. C'est le mari qui doit fixer le niveau de vie.

Mais, si la question de régime matrimonial n'entre guère en ligne de compte, celle qui concerne la capacité de la femme importe bien davantage. Ainsi, jusqu'à une époque toute récente, la qualité de femme mariée n'entraînait pas

1. Tellier, I, p. 560.

2. Cass. crim., 9 mai 1857, D. 1857.1.142.

3. Montréal, 1925, 63, C. S. 439.

une incapacité aussi stricte au Canada qu'en France. Des statuts, datant de 1930-1931 ont modifié les articles du Code de Québec concernant cette question¹ et que, déjà, des retouches successives² avaient acheminés vers la capacité de la femme mariée à tous les actes de la vie civile. Il n'est pas douteux qu'en cette matière, les mœurs locales exercent d'intenses répercussions sur le Droit. A coup sûr, les femmes d'Amérique sont généralement mêlées de plus près à la vie des affaires que celles d'Europe. Elles se livrent couramment à des opérations de bourse. Les maris leur laissent toute latitude à cet égard. Ainsi, leurs attributions se sont-elles notablement élargies, donnant par là même au mandat tacite un contenu qui, sous ce rapport, paraît plus étendu dans la Province de Québec qu'en France.

Le mandat domestique de la femme française ne couvre, en effet, ni les opérations de Bourse, ni les locations de logement. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 mai 1932 décide, à cet égard, que : « Le mandat tacite donné à la femme par son mari en vue des achats faits pour les besoins du ménage ne saurait s'étendre à des opérations financières telles que celles dont il s'agit, et de nature à compromettre le patrimoine commun ou leur patrimoine respectif³. »

A propos des locations de logement, voici un jugement du tribunal civil d'Abbeville, en date du 17 janvier 1933, qui exprime, en termes très nets, les raisons pour lesquelles il refuse à la femme le pouvoir de conclure en vertu du mandat domestique un bail de villa : « Admettre la thèse inverse » aboutirait à ruiner l'économie de la loi sur l'*incapacité* de » la femme mariée⁴. »

Par contre, la jurisprudence n'hésite pas à battre en brèche ce principe fondamental lorsque des raisons d'utilité pratique militent fortement en faveur d'une telle solu-

1. Articles 177, 210, 1422.

2. En 1875, 1888, 1920.

3. D. H. 1932, p. 345 et suiv. et S. 1933.1.217.

4. S. 1933.2.211.

tion. Pendant l'absence du mari, elle admet¹, que la femme, gardienne du foyer, remplisse des actes qui seraient normalement dévolus au chef du ménage. A ce propos, nous avons pu noter une complète similitude de vues entre les deux jurisprudences. Il nous a suffi, pour cela, de recueillir deux arrêts absolument contemporains, émanant l'un de la Cour de Paris, l'autre de la Cour supérieure de Québec. Il n'y a rien là, du reste, qui puisse heurter la logique. On peut fort bien présumer, en effet, que le mari, avant son départ, a dû déléguer à sa femme des pouvoirs généraux.

Mais d'autres solutions, plus hardies, mettent la logique en défaut. Ce sont celles qui supposent que le mari a tacitement conféré un tel mandat à la femme qu'il abandonne² ou dont il vit séparé de fait. N'est-ce pas pourvoir le terme de « mandat » d'une acception aussi extensive que possible que de l'appliquer à des cas où le soi-disant « mandant » se trouve dans l'impossibilité de faire connaître sa volonté ?

Nous nous trouvons là, il faut bien le reconnaître, devant une de ces situations dans lesquelles l'équité se trouve en désaccord avec le Droit³. Il a paru équitable au juge de porter remède à des situations que rendait intolérables la stricte application du principe de l'incapacité de la femme mariée. Il lui a paru juste de faire supporter à celui qui déserte son foyer les répercussions de son acte. C'est par le jeu des règles de la responsabilité que la jurisprudence a fait dévier de son sens primitif la notion juridique du mandat.

Ce sont elles, également, qui président à l'appréciation que porte le juge sur les besoins du ménage. Et voici comment elles se sont infiltrées au terme d'une évolution dont nous allons, brièvement, retracer les étapes :

1. Cour de Bordeaux, 29 mars 1838, S. 1938.2.389.

2. Cass. req., 6 août 1878, D. 1879.1.400 : contrat de louage de services passé par la femme, pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants.

3. Naturellement, il n'est question au cours de ce chapitre, que de la jurisprudence française antérieure au décret de 1938 qui a proclamé la capacité de la femme mariée.

Après avoir estimé que, seules, étaient comprises dans le mandat tacite les dépenses *indispensables*¹ aux besoins du ménage, la Cour de Paris² a, très rapidement, admis que : « Il appartient aux tribunaux d'apprécier dans quelles » limites les dépenses faites par la femme peuvent être considérées *plus ou moins* rigoureusement comme nécessaires. »

C'était, évidemment, permettre aux juges de tenir compte dans leur appréciation de notions contingentes qui font que le superflu des uns coïncide avec le nécessaire des autres. Et, bientôt, se glissait dans les arrêts un autre adjectif qui atténuait la rigueur du mot « nécessaire ». Un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 23 novembre 1936 s'exprime ainsi : « Le mandat domestique ne peut être étendu » au delà des limites *raisonnables* et nécessaires en vue des » quelles il a été conçu³ ». Le terme : « raisonnable » s'apprécie par comparaison avec les ressources *apparentes* du ménage. C'est, du moins, ce que précise un arrêt de la Cour de Lyon⁴ : « L'étendue du mandat tacite donné par un » mari à sa femme pour les dépenses de la communauté, » et en particulier pour les frais de sa toilette, doit nécessairement être envisagé par les tiers en tenant compte des » habitudes de vie des époux, de leur rang social, et de » l'opinion qu'ils donnent l'un et l'autre de leurs ressources, » par leurs manifestations extérieures. »

Par conséquent, si le mari doit répondre des engagements de son épouse, qui sont excessifs par rapport à ses ressources réelles, c'est parce que les tribunaux lui tiennent rigueur de l'apparence exagérée qu'il a donnée à son train de maison et qui était de nature à induire les tiers en erreur sur le crédit qu'ils pouvaient lui accorder.

Cette tendance de la jurisprudence à revêtir l'apparence

1. Cour de Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.597.

2. Cour de Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.105.

3. *Gaz. Pal.*, 1937, p. 19.

4. 23 mai 1930, D. H. 1931, p. 45.

d'une efficacité juridique n'est pas seulement déclenchée par les règles de la responsabilité civile. Elle répond également au souci de ménager l'intérêt des tiers. En effet, si la jurisprudence s'était strictement conformée aux principes juridiques d'après lesquels le mandat tacite se justifie par la volonté présumée du mari, ce sont les ressources *réelles* qui auraient été prises en considération, pour apprécier si les dépenses effectuées rentraient véritablement parmi les « besoins » du ménage. Or, c'était bien ce critérium qui, en 1906, guidait encore la Cour de Paris dans un arrêt que nous relatons ici pour montrer, par opposition, combien il était désavantageux pour les tiers¹. Il s'agissait de dépenses de la femme « en disproportion avec la situation du » mari et les ressources du ménage »; la couturière a été déboutée de son action, « Attendu qu'elle est en faute de ne » s'être pas renseignée auprès du mari de sa cliente de la » question de savoir si celui-ci entendait consentir à de » semblables dépenses;

» Attendu qu'en faisant ces commandes dont il s'agit, » la cliente a dépassé les limites de son mandat; que dès » lors, elle n'a pas obligé son mari, et qu'elle n'a pu s'obliger elle-même, d'abord parce qu'elle n'a pas eu l'intention de s'obliger personnellement, et en outre, parce » qu'elle n'avait pas été autorisée. »

Dans la Province de Québec, l'attitude du juge était alors tout à fait analogue. Voici, par exemple, la cause *Morgan v. Vibert*² à propos de laquelle la Cour de révision a réformé le jugement de la Cour supérieure, qui avait condamné un mari à payer les emplettes de sa femme dont il vivait séparé. Le Juge Dunlop avait pris en considération l'intérêt du vendeur qui, sur la foi de l'acheteuse, avait accordé son crédit au mari de celle-ci. Mais la Cour de

1. Cour de Paris, 30 mars 1906. Cet arrêt a été reproduit *in extenso* dans une revue de jurisprudence canadienne qui avait fait paraître, deux mois plus tôt, la cause *Morgan vs. Vibert*, que nous étudions *infra*; 12, R. L. 221.

2. 12, R. L. n. s. 142.

révision a fait remarquer que le mandat tacite ne pouvait être invoqué en l'occurrence que si le commerçant prouvait que les achats de sa cliente étaient « nécessaires à sa subsistance ». En l'espèce, les dépenses ont été qualifiées d'« extravagantes ». La Cour précise ensuite que dans le mandat tacite, c'est « la volonté du mari qui est présumée, » la loi ne saurait protéger le caprice de la femme ».

La *théorie de l'apparence*, telle que l'applique actuellement la jurisprudence française, est donc infiniment plus avantageuse pour les commerçants qui traitent avec une femme mariée.

C'est encore l'*intérêt des tiers* qui a décidé la Cour de Paris à admettre l'existence d'un mandat tacite dans le concubinat, par analogie avec celui que nécessite la création d'un foyer dans le mariage. Notons, toutefois, que cette extension est de date récente¹, tandis qu'en 1904, la jurisprudence² s'était formellement opposée à une telle assimilation, car il lui déplaisait de donner un statut à une situation qu'elle ne voulait pas reconnaître.

Dans la jurisprudence de Québec, nous n'avons rencontré aucune cause posant un tel problème aux juges, mais de multiples raisons nous font penser que, le cas échéant, ils le résoudreient dans le sens qui a été adopté en 1904.

Voilà pourquoi c'est plus particulièrement à propos de la jurisprudence française que nous avons mis en vedette l'intérêt des tiers, et à propos de celle de Québec que nous avons cherché à dégager les tendances modernes de l'émancipation de la femme mariée... qui font que celle-ci paraît se trouver, beaucoup moins que du temps de Pothier, « en pension chez son mari ».

L'évolution des deux jurisprudences est donc parvenue

1. 21 novembre 1923, *Gaz. Pal.* 1924.1.187; 23 juillet 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.243.

2. D. 1904.2.239.

à vider de son contenu juridique la notion de mandat domestique. Mais les progressions ne sont nullement parallèles. Elles se sont opérées dans des directions différentes parce que, croyons-nous, les fins que poursuivaient les jurisprudences étaient propres à chacune d'elles.

CONCLUSION

La conclusion de cet ouvrage ne serait qu'une fastidieuse redite si elle avait pour objet la simple constatation que la jurisprudence joue, en effet, un véritable rôle créateur.

Aussi veut-elle aller par delà cette constatation, et s'appuyer sur le particularisme des Droits que, tant de fois au cours de nos développements, nous avons pu signaler au lecteur, parce qu'à maintes reprises l'occasion nous a été offerte d'en remarquer les effets.

C'est dans la Province de Québec, mieux que dans n'importe quel autre pays du monde, que le particularisme juridique paraît lumineusement inhérent à la race qui le perpétue en dépit de toutes les influences étrangères qui peuvent si facilement s'infiltrer. L'étude de la jurisprudence de Québec nous aura donc permis de constater combien chaque race tient à la survivance de son Droit, comme étant celui qui convient le mieux à ses aspirations. La ténacité qu'a déployée la race canadienne-française à la conservation des principes juridiques transplantés par ses ancêtres en terre américaine témoigne combien elle avait conscience de ce phénomène psychologique. Elle craignait de disparaître elle-même si venait à s'effriter l'homogénéité de son *corpus juris civilis*. Voilà pourquoi le flambeau de la tradition juridique lui est apparu comme le meilleur garant de sa propre sauvegarde.

C'est un Canadien qui a écrit : « Notre plus noble fonc-

tion, c'est de garder l'héritage des Français en Amérique¹. » Et tous ses compatriotes ont compris que cet héritage n'aurait pas été complet s'il n'avait impliqué que la langue et la religion. Il fallait, de toute nécessité, que le Droit restât également lui-même afin que pût se poursuivre l'évolution de la race. Ce sentiment s'est montré assez fort pour animer les luttes héroïques qui ont rempli l'Histoire canadienne jusqu'au jour où les Anglais ont merveilleusement compris que l'évolution d'une race dans tous les éléments de sa personnalité est infiniment plus profitable à l'ensemble de la nation qu'une fusion intempestive parce qu'elle serait imposée.

Ce respect des gouvernants britanniques pour le Droit d'un peuple que le sort des batailles a soumis à leur obédience apporte encore un témoignage à la thèse que nous voulons soutenir en manière de conclusion : à savoir, que le particularisme juridique compte parmi les éléments de perfectibilité des races. L'Histoire nous apprend que vainqueurs et vaincus en ont eu conscience. Et l'Ethnologie n'a jamais enseigné que l'amalgame fût une source de progrès.

Ce ne sont donc ni la base territoriale, ni le pouvoir dirigeant qui comptent avant tout dans la personnalité d'une nation. Ce ne sont pas davantage les circonstances économiques et sociales qui jouent le rôle primordial dans son évolution.

Nous n'en voulons pour preuve que la juxtaposition géographique des provinces canadiennes qui sont confédérées à celle de Québec. Les crises économiques qui les traversent et les circonstances sociales qui viennent y conditionner l'existence ne sont pas sensiblement différentes dans toute l'étendue du Dominion. Et cependant les réactions ne sont pas identiques.

L'histoire et la sociologie ne sont pas des contes de fées.

1. Cf. Jean Charbonneau, *Des influences françaises au Canada*, 1916.

Elles sont douées de portée pratique. Et l'expérience d'un peuple doit pouvoir réduire à néant les hypothèses de certains idéologues en mal de statuer dans l'abstrait. En dénonçant par avance les piètres résultats qu'apporterait la réalisation de ces hypothèses, l'expérience vécue devrait enrayer la mise en œuvre d'une expérimentation dont l'effet nocif ne peut manquer de se produire.

Autrement dit, nous croyons que vouloir établir l'uniformité intégrale des droits privés, c'est rêver d'un programme qui relève de l'utopie, bien plutôt que des réformes utiles ou souhaitables. Parler « d'utopie », c'est même ajouter que la réforme ne serait pas possible. Et nous le croyons fermement. La constatation des multiples divergences qui se sont fait jour entre les Droits de France et de Québec a suffi à nous en convaincre. Nous avons été à même de remarquer que parfois elles s'étaient dernièrement atténuées, mais qu'en d'autres occurrences il leur était arrivé de s'accroître au cours des âges.

Et, en chaque circonstance, c'est la mentalité régnante qui nous a aidé à découvrir la raison profonde de ces phénomènes.

Pour que l'idéal des peuples apparaisse aussi nettement diversifié bien avant que deux siècles se soient écoulés depuis leur scission, n'y a-t-il pas mille raisons autrement incoercibles pour qu'un mur d'incompréhension mutuelle reste à jamais dressé entre les aspirations de peuples qui ne relèvent pas d'ancêtres communs aussi proches ?

L'expérience canadienne nous a offert l'occasion d'établir un parallèle entre la ruche et son propre essaim. La comparaison nous a permis de noter que leur évolution a rarement coïncidé dans les points de détail. Or, comme le Droit reste immuable dans les principes généraux, c'est par les détails qu'il parvient à progresser. Ces détails, c'est le juge qui les ciselle dans son œuvre créatrice.

Vouloir les couler dans un moule standard, c'est, selon nous, renoncer au progrès et chercher le recul.

Les partisans de l'uniformisation du Droit civil ont prétendu que le progrès consistait à aplanir les conflits de lois afin que le privilège de leur compréhension ne soit pas réservé à quelques spécialistes du Droit international privé qui se délectent dans les dédales de la subtilité.

Nous ne situons pas le progrès dans la même sphère. Et nous croyons que si la simplification peut être une fin utilement poursuivie en algèbre, elle ne constitue nullement l'idéal que doit se proposer le juge. Celui-ci doit avant tout chercher à faire régner une justice qui satisfasse ses justiciables.

Et, pour que le tribunal d'équité puisse exercer quelque salubre influence sur la conscience collective, encore faut-il que sa règle la surpasse et qu'elle ne soit pas trop loin de sa portée. Double condition qui ne saurait appartenir à un Droit universel, tant que les peuples conserveront des caractères intrinsèques aussi nettement diversifiés, et qui leur font occuper des stades différents dans la civilisation. Malgré la multiplication incessante des contacts internationaux, qui, de nos jours, paraît avoir atténué bien des frontières, le mot de Pascal n'a rien perdu de sa profondeur :

« On ne voit presque rien de juste et d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. »

Nous croyons donc que le relativisme de la nature des choses a pour effet de préciser le diagnostic du juge. Si nous disons « préciser » c'est pour ne laisser subsister aucune équivoque sur le rôle immanent des principes rationnels dont nous reconnaissons l'universalité. Ce rôle est particulièrement efficace lorsqu'il s'agit de régler des conflits internationaux, et les publicistes des Grandes Conférences de La Haye ont fait œuvre éminemment utile lorsqu'ils ont défini les « Principes généraux reconnus par les nations civilisées. » Mais ils se sont heurtés à d'insurmontables difficultés dès qu'ils ont tenté de parachever jusque dans les moindres détails l'étude synthétique qu'ils entreprenaient.

D'autres conférences internationales ont réuni des juristes de Droit privé dont la coopération a donné lieu à de salutaires échanges de vues.

Leurs efforts ont été brillamment couronnés de succès tant que la réglementation internationale à laquelle ils aboutissaient a concerné des sujets qui n'affectaient pas directement les fibres intrinsèques du *corpus juris civilis* de chaque peuple. Il n'en pouvait être autrement de la lettre de change et des assurances maritimes, d'autant plus que c'était là deux matières où les avantages d'une codification internationale étaient indéniables.

Le Code franco-italien des obligations apparaît également comme une heureuse initiative, opérant une mise au point et un rajeunissement efficaces grâce à la compénétration de deux Droits voisins. Les avantages de l'un et de l'autre ont été mis en balance et, grâce à des concessions mutuelles, un Droit transactionnel a pu être codifié. Si ce procédé a constitué un élément de perfectionnement juridique, c'est parce que ces Droits français et italien étaient si voisins dans leur conception qu'ils pouvaient se juxtaposer sans que l'un pût heurter en rien la logique et l'homogénéité de l'autre. En ce sens, nous admettons pleinement que l'imitation peut être un sérieux agent de perfectionnement. L'utilité du droit comparé est indéniable lorsqu'il vise un tel effet. Mais nous ne pensons pas qu'il doive être doué d'un but plus ample, dépassant la recherche scientifique pour aboutir à l'unification intégrale du droit privé, dans des pays dont les caractéristiques raciales sont trop divergentes.

En 1927, dans le tome I des *Mémoires de l'Académie internationale de Droit comparé*¹, M. Lambert formait le vœu qu'il se créât une Faculté internationale de Droit, distribuant un enseignement animé d'esprit international. En 1932, les Congrès de Droit comparé se sont vus dans la

1. P. 503.

nécessité d'avouer le caractère utopique d'un tel vœu, et, cependant, le but de cette institution eût été d'ordre surtout culturel, et n'aurait pas entraîné de perturbations aussi profondes dans la pratique que l'établissement d'un droit commun législatif. Nous y voyons une preuve flagrante qu'une œuvre de législation uniforme qui serait tentée dans toute l'envergure du Droit ne peut que se heurter à d'irréductibles résistances nationales. Celles-ci proviennent d'un sentiment plus ou moins confus de protection et s'apparentent au désir bien légitime qui, en matière politique, anime ceux qui repoussent l'envahissement des propagandes étrangères. Nous faisons allusion aux propagandes dont la fin est d'implanter par la force au monde entier certaines idéologies qui supposent préétablie la notion d'une humanité sans frontières.

Evidemment, l'établissement d'un droit unitaire international ne risquerait pas d'ébranler au même titre les gouvernements eux-mêmes. Mais il pourrait néanmoins entraîner quelques conséquences dangereuses, pour employer le terme même dont s'est servi pour les qualifier, le professeur K. Wieland dans un article qu'il a écrit récemment sur le droit mondial¹.

Il nous a paru intéressant de recueillir à ce sujet l'opinion d'un auteur germanique. Après avoir mentionné que certains juristes se bercent de l'illusion d'établir un Code civil d'application mondiale, le professeur Wieland se prononce catégoriquement contre l'uniformisation de règles qui rentrent dans le domaine de la pure législation interne. L'idéal consistant à remplacer la diversité par l'unité ne serait atteint qu'au mépris de toutes les données que l'école historique a mises en vedette avec tant d'insistance. Le Droit est « un produit de la conscience populaire... » Et sa force vitale, son progrès, sa richesse interne sont conditionnés par les différenciations nationales... »

1. « Sources du Droit et Droit mondial », dans le *Livre jubilaire Gény*, t. III, p. 471.

Si certains comparatistes se proposent le but de dépouiller les droits nationaux de tout ce qui leur imprime un caractère spécifique afin de forger un droit mondial, peut-être n'ont-ils pas entrevu qu'une telle cristallisation anéantirait par là même les bienfaits du droit comparé considéré comme agent de progrès. Une sorte d'espéranto juridique instauré en dépit de l'histoire de la vie intrinsèque des peuples ne saurait constituer qu'une désastreuse expérience qui se heurterait continuellement au caractère et aux affinités de chacun d'eux. Par là donc la mission propre du Droit ne serait pas remplie et son évolution serait forcément ralentie, en raison du retard apporté par les adhésions multiples. L'expérience s'avérerait encore désastreuse à un autre point de vue. C'est qu'une règle obtenue grâce à des concessions mutuelles affecte une nature transactionnelle sans consistance. L'interprète ne trouvera pas dans l'esprit qui l'anime des directives assez accusées pour le guider lorsqu'il lui faudra suppléer aux lacunes qui constituent le défaut inhérent à toute règle transactionnelle.

Toutes ces considérations ne sauraient trop peser dans l'esprit des réformateurs canadiens qui préconisent un mouvement d'uniformisation à l'instar de celui que les Etats-Unis ont mis en vogue. Déjà, en 1913, l'Association du Barreau canadien, réunie sur l'initiative du ministre de la Justice, M. Doherty se proposait, entre autres objectifs, de promouvoir l'uniformité des lois dans tout le Canada. Mais une réserve venait aussitôt atténuer la portée d'un tel programme et le renfermer dans des limites raisonnables. L'uniformité ne devait être tentée qu'autant qu'elle pouvait se concilier avec la conservation des systèmes fondamentaux de Droit, en usage dans les diverses provinces. L'interprétation de ce paragraphe était de nature à faire surgir maintes difficultés. En effet, la diversité devait rester inébranlée dans toutes les matières où les principes du Droit civil de Québec se heurtent à ceux de la Common Law. Aussi les éliminations successives n'ont-elles bientôt

laissé dans le cadre du projet que la matière des assurances et des rapports commerciaux. Sur de tels points, les avantages pratiques de l'uniformisation s'avéraient tels, que Sir Wilfrid Laurier et M. Henri Bourassa estimèrent qu'elle était hautement désirable.

Constatons donc que les tentatives de cet ordre effectuées par voie législative n'ont abouti qu'en des matières exceptionnelles qui les justifiaient par des raisons utilitaires, et qui ne risquaient pas de rompre l'harmonie du Droit civil. D'ailleurs, l'autonomie du Parlement provincial reste un sûr garant du maintien du droit privé dans son intégrité.

Par contre, l'examen de la jurisprudence a pu révéler à quelques reprises une certaine tendance des juges à se rallier à l'attitude observée par les tribunaux canadiens des autres provinces. Par étapes insensibles, une sorte de nivellement s'est opéré sur des points de détail, au risque de compromettre l'originalité des systèmes juridiques. Cette pénétration de l'influence anglaise ne répondait pas à une politique nettement déterminée, car la pensée britannique est plutôt hostile aux tentatives d'uniformisation, s'il faut en croire un article paru en août 1926 dans le *Journal of the comparative legislation and international Law*¹ et d'où nous tirons cet extrait : « Dans maintes branches de la loi, comme le droit de famille ou le droit de la propriété immobilière, le besoin d'uniformité ne se fait pas sentir; et pousser à l'uniformité contre le sentiment local serait de nature à faire plus de mal que de bien. »

Une opinion analogue a été également soutenue par le professeur Walton qui a été doyen de la Faculté de Droit à l'Université McGill². Ayant enseigné en langue anglaise le Droit civil de la Province de Québec, il a été à même de peser tous les avantages et les inconvénients du particularisme juridique. Aussi son avis nous paraît-il particulière-

1. 3^e série, t. VIII, partie III.

2. C'est l'Université canadienne-anglaise de Montréal.

rement précieux. Il exprime nettement sa préférence pour la conservation du Droit français pur, juxtaposé au Droit anglais pur, plutôt que pour une fusion malhabile des deux.

L'Honorable Juge Rinfret adopte pleinement cette manière de voir. Il estime qu'aucun des deux systèmes juridiques ne doit s'imposer à l'autre, tant que le Droit reste le support de la Liberté et de l'Individualisme. Il ajoute que si le Droit servait à des fins de coercition, il risquerait de perdre son nom véritable.

Un tel témoignage nous a paru particulièrement intéressant à consigner parce qu'il émane d'un juge qui, à Ottawa, doit statuer sur le Droit de Québec et dont la vie se passe au milieu de cette constante dualité de langues et de Droits. Si vraiment le Dominion avait à souffrir du défaut d'uniformité en cette double matière, peu d'hommes éminents eussent été mieux placés pour le ressentir.

Il est, par conséquent, dans l'ordre des choses que les jurisprudences des différentes provinces conservent des attitudes qui leur sont propres, même lorsqu'elles ont à statuer à propos d'une législation identique. En manière d'exemple, citons la loi sur les chemins de fer, qui a été votée par le Parlement fédéral, et qui est également applicable en Ontario et dans la Province de Québec. L'interprétation qui en est donnée par les tribunaux diffère d'un côté à l'autre de la frontière. Supposons, en effet que, parmi les causes immédiates de l'accident, on puisse relever une faute de la victime, le juge d'Ontario lui refusera toute action en indemnité¹ tandis que celui de Québec admettra sa demande en justice parce qu'il applique la théorie de la faute commune. Cette diversité des interprétations se déduit de la divergence des principes. Elle est logique. Nul pendant longtemps n'y a trouvé à redire. En somme, elle ne donne lieu à aucune difficulté d'application

1. Ou du moins, il en était ainsi jusqu'à une date très récente. Le Parlement de Toronto a, depuis lors, adopté une réforme législative en cette matière. Cf. *supra*, le chapitre concernant la faute commune.

dans la pratique. La Cour suprême d'Ottawa et le Conseil privé conservent à chacune des provinces sa manière de voir. Ils observent ainsi l'attitude la plus propice au perfectionnement juridique. Laissant, en effet, les jurisprudences locales évoluer selon leur propre impulsion, ils n'opposent aucun frein à la marche du Droit, parce qu'ils ont compris de quel dynamisme la jurisprudence est capable de doter le Droit. Notre thèse aura eu pour objet de mettre en relief ce dynamisme et de faire ressortir combien la création jurisprudentielle peut apparaître comme un élément de progrès lorsque son élan n'est paralysé par aucune influence extérieure à son génie propre.

Aussi nous semble-t-il que les salutaires effets de la création jurisprudentielle risqueraient fort d'être abolis par l'uniformisation internationale du Droit, émanant du pouvoir législatif. Le Parlement n'est pas doué de la psychologie qu'acquiert le tribunal par un contact journalier avec les justiciables. Il aura tendance à s'appesantir sur le côté abstrait des règles qu'il doit forger, sans tenir un compte toujours suffisant du fait qu'elles sont destinées à faire face à telle situation que déterminent des conditions raciales. Le juge est mieux à même de saisir le sens profond de cette parole de Montesquieu¹ : « Les lois doivent être » tellement propres au pays pour lequel elles sont faites » que c'est un très grand hasard si celles d'une nation » peuvent convenir à une autre... Elles doivent se rapporter » au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la » religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, » à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs » manières. »

Ne perdons pas de vue que cette pensée a été exprimée à une époque où la sociologie et l'économie politique étaient encore à un stade embryonnaire. Mais, comme elle émane de l'un des plus grands jurisconsultes de tous les temps, et

1. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. I, ch. III.

qui se doublait d'un psychologue averti, nous lui reconnaissons bien plus qu'une valeur historique. Il convient de lui accorder une valeur contemporaine si nous jetons un coup d'œil sur le particularisme du Droit de Québec, par rapport au Canada vu dans son ensemble. Nous lui trouvons même une valeur universelle quand nous pensons au nationalisme de chacun des Droits privés vivant à l'intérieur des frontières.

Vu,

L'Assesseur du Doyen,
Georges RIPERT

Vu,

Le Président de la thèse :
J. P. NIBOYET.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :
G. ROUSSY

BIBLIOGRAPHIE

I

AUTEURS CANADIENS

Bastien. — *Conditions de notre destin national.*

Beauchamp. — *Jurisprudence of the Privy Council.*

— *Répertoire de jurisprudence canadienne.*

Bernier. — « L'assurance sur la vie » (*Revue du Droit*, t. V, p. 520).

Beullac (R. A.). — « La théorie de la faute commune dans le Droit de la Province de Québec » (*Canadian Bar Review*, nov. 1934).

Billette. — *La cause des obligations* (1933).

— *Donations et Testaments* (1935).

Bovey. — *Canadien* (1935).

Brooke Claxton. — « Origines de la loi des assurances » (*Livre-Souvenir des Journées du Droit civil français*, p. 547).

Bruchesi. — *Histoire du Canada pour tous* (Montréal, 1934).

Bruneau. — « Pouvoirs des juges et tribunaux » (*Revue du Droit*, t. VI).

Choquette. — « L'appel au Conseil Privé » (*Revue du Droit*, t. IV, p. 492).

Desy. — « Rapport sur le Droit civil du Bas-Canada » (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1920, p. 232).

Doutre et Lareau. — *Histoire générale du Droit canadien* (Montréal, 1872).

Fabre-Surveyer. — « Rapports entre le Droit commercial et le Droit civil » (*Actes de l'Académie internationale de Droit comparé*, 1934).

— « Les régimes matrimoniaux » (*Livre-Souvenir des Journées du Droit civil français*, 1934).

— « Principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques » (*Recueil des Cours de La Haye à l'Académie de Droit international*, 1932, t. II).

Faribault. — « Les accidents d'automobile » (*Revue du Droit*, t. X, p. 606).

- Hague-Davis.** — « The Common Law in Canada » (in *The Future of the Common Law*, Oxford, 1937).
- Holt.** — *Insurance Law of Canada* (Montréal, 1898).
- Hunter.** — « A proposal for statutory relief from the Privy Council controversy » (*Canadian Bar Review*, 1926).
- Joron.** — « L'héritier doit-il rapporter le produit d'une assurance ? » (*Revue du Notariat*, oct. 1935, p. 98).
- Langellier.** — *Cours de Droit civil de la Province de Québec*, 6 volumes, Montréal, 1905.
- Lareau.** — *Le Code civil du Bas-Canada* (Montréal, 1885).
- Lemieux.** — *Les origines du Droit franco-canadien* (Montréal, 1900).
- Loranger.** — *Commentaire du Code civil du Bas-Canada* (2 volumes, Montréal, 1873-1879).
- Lorimier (de).** — *La Bibliothèque du Code civil de la Province de Québec* (21 volumes, Montréal, 1885-1890).
- Mc Cord.** — *The civil code of Lower Canada, with a concordance with the Code Napoléon* (Montréal, 1880).
- Mignault.** — *Le droit civil canadien, basé sur les répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon* (9 volumes, 1895-1916).
- « Le Code civil au Canada » (*Livre du Centenaire du Code Napoléon*, Paris, 1904).
- « L'autorité judiciaire » (*Revue Légale*, t. VI, p. 167).
- *Histoire du Droit parlementaire* (1889).
- « L'indépendance des juges » (*Revue du Droit*, 1927-1928, t. VI).
- « La responsabilité délictuelle en France et dans la Province de Québec » (*Livre-Souvenir des Journées du Droit civil français*).
- « L'appel au Conseil Privé » (*Revue du Droit*, nov. 1936).
- « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation » (*The University of Toronto Law Journal*, t. I, 1935).
- « Enrichissement sans cause » (*Revue du Droit*, t. XIII, p. 157).
- « La Fiducie » (*Bulletin de la Société de législation comparée*, janv. 1936).
- « Le Conseil Privé et notre Code civil » (*Revue du Droit*, 1937).
- Mitchell Franklin.** — « Some observations of the influence of French Law on the early civil codes of Louisiane » (*Livre-Souvenir des Journées de Droit civil français*, p. 833), 1934, Montréal.
- Nantel (Maréchal).** — « Crises judiciaires » (*Revue du Droit*, t. VI).
- Montpetit.** — *Les survivances françaises au Canada* (1913).

Ollivier. — *L'avenir constitutionnel du Canada.*

— *Le Canada, pays souverain.*

Parizeau. — *Evolution de l'assurance-incendie au Canada* (1935).

Perrault (Antonio). — *Traité de Droit commercial* (2 vol., 1937).

Rivard. — « Permission spéciale d'appel à la Cour suprême » (*Revue du Droit*, t. XII, p. 334 et 401).

Rives Hall. — « Carrier's liability for negligence » (*Revue Légale*, nouvelle série, 1900, t. VI, p. 97).

Saint-Pierre. — « Responsabilité dirigée par l'ouvrier » (*Revue Légale*, 1899, vol. V, p. 393).

Sheldon Amos et F. P. Walton. — *Introduction to French Law* (Oxford, 1935).

Taschereau. — « Codification des lois civiles » (*Livre-Souvenir des Journées de Droit civil français*, 1934, p. 657).

Tellier. — *Supplément au Répertoire de jurisprudence canadienne* (1926 à 1935).

Venne. — « Les substitutions en France et dans la Province de Québec » (*Livre-Souvenir des Journées de Droit civil français*, 1934).

Walton. — « Law of Scotland » (*Revue Légale*, 1901, t. VII, p. 365).

— *The scope and interpretation of the civil code of Lower Canada* (Montréal, 1907).

Watt. — « The history of common fault in Quebec » (*Revue du Droit*, 1936).

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

La liste et les abréviations d'usage se trouvent insérées dans le chapitre concernant les détails de forme, à la p. 63.

II

AUTEURS FRANÇAIS

A

Traité et articles de revues.

Balleydier et Capitant. — « L'assurance sur la vie et la jurisprudence » (*Livre du Centenaire du Code civil*, 1904).

Battifol. — « Remarques sur le fonctionnement de la justice civile, aux Etats-Unis » (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1937).

- Bonnetcase.** — *La notion du Droit en France, au XIX^e siècle* (Paris, 1919).
- Capitant.** — « Les transformations du Droit civil français, depuis cinquante ans » (*Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, 1922).
- « La loi du 13 juillet 1930 » (*Revue générale des Assurances*, 1930).
- *Les grands arrêts de la Jurisprudence* (Paris, 1933).
- Celice.** — *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation* (Discours de rentrée à la Cour d'appel d'Aix). — (Aix, 1888).
- Colin et Capitant.** — *Cours élémentaire de Droit civil français* (1935).
- Cornil.** — *Le droit privé* (Paris, 1924).
- Crépon.** — *Du pourvoi en cassation* (3 vol., Paris, 1892).
- Crouzel.** — « Responsabilité du fait des animaux et des choses » (*Revue trimestrielle de Droit civil*, 1925, p. 29).
- Cruet.** — *La vie du Droit et l'impuissance des lois* (Paris, 1908).
- Demogue.** — « Jurisprudence du Canada » (articles parus dans la *Revue trimestrielle*, de 1922 à 1937).
- *Les notions fondamentales du Droit privé* (Paris, 1911).
- « Le fait actif de la chose » (*Revue trimestrielle*, 1937).
- Duguit.** — *Transformations générales du Droit privé, depuis le Code Napoléon*. (1912).
- Esmelin.** — « La jurisprudence et la doctrine » (*Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902).
- Gaudemet.** — *L'interprétation du Code civil en France, depuis 1804* (Conférences données à l'Université de Bâle), Paris, 1935.
- « Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile » (*Revue trimestrielle*, 1927).
- Garçon** (Maurice). — *La justice contemporaine, 1870-1932* (Paris, 1933).
- Gény.** — *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (1898 et 1919).
- *Science et technique en Droit privé* (1914).
- Josserand.** — *Evolutions et actualités* (Paris, 1936).
- La Bigne de Villeneuve.** — *La fin de la séparation des pouvoirs. Les nouvelles formules de la statologie sociale* (1934).
- Lalou.** — *Les contrats comportant obligation de sécurité* (Note sous l'arrêt de la Cour de Paris, en date du 25 juin 1935, D. 36.2.14).
- Lamache.** — « Des stipulations permises en matière de substitutions » (*Revue du Notariat*, 1893).
- Lambert.** — « L'enseignement du Droit comparé. Sa coopération

au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine (*Annales de l'Université de Lyon*, 1919).

— *La fonction du Droit civil comparé* (1903).

— « Sources du Droit comparé ou supra-national » (*Livre jubilaire Gény*, t. III, 1935).

— *Le Droit commun de la Société des Nations* (Berlin, 1927).

Lepaulle. — « Jurisprudence du Canada » (articles parus dans la *Revue trimestrielle*, de 1922 à 1937).

— *La Justice* (Paris, 1934).

Lévy-Ullmann. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques.* — II : « Le système juridique de l'Angleterre » (1928).

Loché. — *Législation civile* (Paris, 1827-1832).

Mazeaud. — « La faute dans la garde » (*Revue trimestrielle*, 1925).

— « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un accident mortel » (*Chronique Dalloz hebdomadaire*, 1932, p. 77).

— « En attendant l'arrêt des Chambres réunies : Garde matérielle et garde juridique » (*Chronique, Dalloz hebdomadaire*, 1937, p. 45).

Montesquieu. — *Esprit des Loix.*

Morin. — *La révolte des faits contre le Code* (Paris, 1920).

Perreau. — « Les obligations de conscience devant les tribunaux » (*Revue trimestrielle*, 1913, p. 503).

— *Technique de la jurisprudence en Droit privé* (2 vol., Paris, 1923).

Planiol, Ripert et Nast. — *Traité pratique de Droit civil français* (Paris, 1926-1934).

Planiol. — « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral » (*Revue critique*, 1913).

Ransson. — *Essai sur l'art de juger* (Paris, 1911).

Rouast. — « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile » (*Revue trimestrielle*, 1922, p. 44).

Ripert. — « L'abus ou la relativité du Droit » (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33).

— *Le régime démocratique et le Droit civil moderne* (1936).

Rivière (H. F.). — *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile* (1862).

Rivière (P.-L.). — « Sur l'évolution de la Cour Suprême » (*Semaine juridique*, 4 juin 1937).

Saleilles. — *La possession des meubles* (1907).

— « De l'abus du Droit » (*Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 325).

— « La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada » (*Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, p. 23).

Sirlex. — *Le régime parlementaire anglais contemporain* (1935).

Solberg et Gros. — *Le Droit et la doctrine de la justice* (1930).

Tanon. — *L'évolution du Droit et la conscience sociale* (Paris, 1905).

Tarde. — *Le droit comparé et la sociologie* (Congrès international du Droit comparé, 1900).

B

Thèses.

Antier. — *Le Droit civil du Bas-Canada* (Paris, 1923).

Barreau. — *Les obligations de conscience en Droit civil* (Caen, 1915).

Bel. — *Les substitutions prohibées et la jurisprudence française* (Grenoble, 1935).

Besson. — *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses* (Dijon, 1927).

Bettremieux. — *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en Droit français* (Lille, 1921).

Delaroue. — *Esquisse de la méthode de Droit* (Paris, 1901).

Faye. — *Pouvoirs du juge en Angleterre* (Paris, 1912).

Ganot. — *Réparation du préjudice moral* (Paris, 1924).

Grinberg-Vinaver. — *Le rôle judiciaire de la Chambre des Lords* (Paris, 1936).

Haller (Marguerite). — *Influence du fait ou de la faute de la victime sur son droit à réparation* (Paris, 1926).

Hamel. — *La notion de cause dans les libéralités* (Paris, 1920).

Leyat. — *La responsabilité dans les rapports de voisinage* (Toulouse, 1936).

Mantelet. — *La réparation du préjudice moral* (Paris, 1907).

Marty. — *Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait* (Toulouse, 1929).

Pige. — *Le juge unique et le statut de la magistrature en France* (Paris, 1925).

Sauzay. — *Essai sur les procédés d'élaboration en Droit, employés par la jurisprudence française, en droit civil, suivi d'un appendice sur la jurisprudence du Président Magnaud* (Paris, 1904).

Streichenberger. — *L'humeur propre du droit anglais* (Lyon, 1931).

Tournier. — *De la condamnation à des dommages-intérêts* (Montpellier, 1896).

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	1
Introduction :	
Justification du titre.....	3
Explication du plan.....	6

TITRE PREMIER

ATMOSPHERE DE L'ŒUVRE CREATRICE

Chapitre premier. — Position de la question	19
A. Comment le juge peut comprendre sa fonction.....	20
B. Comment il doit remplir sa mission, étant donné : les défauts de la loi ; l'impossibilité de ne pas juger ; la portée morale et sociale de la Justice.....	20
Chapitre II. — Les données constitutionnelles	23
Chapitre III. — De l'organisation judiciaire	38
A. Le juge unique.....	38
B. Le fait et le droit :	
a) Le jury civil.....	41
b) La Cour de cassation.....	46
c) Le Conseil Privé.....	48
C. La hiérarchie judiciaire.....	50
D. Détails de forme :	
a) La forme des jugements.....	59
b) Les recueils d'arrêts.....	62

TITRE DEUXIEME

L'EDIFICE CONSTRUIT PAR LE JUGE

PREMIERE PARTIE

LES MATERIAUX

Les Codes.....	67
La Coutume de Paris.....	68
Le Droit romain.....	69
Les grandes ordonnances.....	69

Les travaux préparatoires.....	70
Le rapport des codificateurs.....	71
Les principes généraux.....	72
La doctrine.....	73

DEUXIEME PARTIE

LES METHODES

Chapitre premier. — Formation de l'œuvre jurisprudentielle.....	77
Chapitre II. — Evolution jurisprudentielle.....	85
a) Revirements de la jurisprudence canadienne	86
b) Revirements de la jurisprudence française	91
Chapitre III. — Fixation de la jurisprudence.....	94
a) Autorité du précédent en Angleterre	94
b) Autorité du précédent au Canada	95
La doctrine du Stare decisis :	
A la Cour Suprême.....	96
Au Conseil Privé.....	97
A la Cour du Banc du Roi.....	97
En Cour Supérieure.....	98
c) Autorité du précédent en France.....	99

TROISIEME PARTIE

LES RESULTATS JURISPRUDENTIELS

Chapitre premier. — Les assurances sur la vie.....	105
Stipulation pour autrui.....	106
Droit direct.....	109
Chapitre II. — Les obligations naturelles.....	112
Laconisme des textes.....	113
Nature définie par la jurisprudence.....	113
Effets réglés par la jurisprudence.....	114
Interférence de l'ordre public.....	115
a) Sur la grivèlerie.....	115
b) Sur la constitution de dot.....	116
Efficacité des conseils du juge.	
a) Dans la Province de Québec.....	119
b) En France.....	120
Chapitre III. — De l'enrichissement sans cause.....	122
L'induction au service de l'équité.....	122
Conditions imposées à l'exercice de l'action :	
En France.....	123
Dans la Province de Québec.....	124
Différences quant à la portée du principe.....	125
Vue comparative de décisions jurisprudentielles.....	125
Chapitre IV. — Les conditions illicites.....	130
Jurisprudence française :	
L'ordre historique, politique, économique.....	131
Jurisprudence de Québec :	
L'ordre public anglais.....	136

Chapitre V. — De la faute commune	142
Exposé de cette théorie.....	143
Origine de son incorporation dans le droit de Québec.....	144
Base de répartition des responsabilités :	
A. Dans la Province de Québec.....	146
B. En France.....	147
a) Le critère de causalité adéquate.....	148
b) Le critère de la gravité des fautes.....	151
Différences concernant l'appréciation des fautes.....	151
Calcul des dommages-intérêts.....	152
Rayonnement de cette construction jurisprudentielle.....	153
Chapitre VI. — L'abus du Droit	154
Rôle imparté aux tribunaux dans la détermination des droits respectifs.....	154
Limites du droit de propriété dans la Province de Québec.....	155
L'acception différente donnée par la jurisprudence française à l'expression : « abus du droit ».....	157
Examen comparatif des diverses applications de la théorie de l'abus du droit.....	158
Synthèse de l'œuvre jurisprudentielle.....	160
La sanction.....	160
Chapitre VII. — La garde des choses inanimées	162
Les textes.....	162
Causes de la création jurisprudentielle.....	164
Le renversement de la charge de la preuve.....	164
Présomption irréfragable en France.....	166
Présomption simple dans la Province de Québec.....	168
La notion de danger.....	169
Le fait autonome de la chose.....	169
La responsabilité des automobilistes.....	170
La notion de garde.....	171
Propriété.....	172
Contrôle.....	172
Contrepartie du profit.....	173
(Théorie du risque).....	174
Surveillance effective.....	175
Garde juridique et garde matérielle.....	175
Considérations qui justifient les positions respectives des deux jurisprudences.....	176
1 ^o Insuffisance de l'argument tiré des textes étant donné :	
a) La traduction anglaise de l'article 1054.....	177
b) L'attitude jurisprudentielle concernant la responsabilité des commettants.....	177
2 ^o Prédominance du fondement de la faute, dans la Province de Québec.....	177
3 ^o La socialisation des risques, en France.....	178
Chapitre VIII. — Extension progressive des recours en matière de responsabilité	179
I. Admission du recours des parents de la victime.....	180
La différence des textes.....	181
La jurisprudence de Québec.....	181
a) Interprétation de l'article 1056 dans la cause Regent Taxi...	
b) Répercussions qu'elle entraîne sur la portée de l'article 1053..	

La jurisprudence française.....	193
A. Abandon progressif des conditions auxquelles la jurisprudence soumettait l'exercice du recours.....	194
B. D'où admission plus large qu'en Québec en ce qui concerne :	
a) Le recours des collatéraux.....	194
b) Le recours de la famille illégitime.....	195
II. Réparation du dommage moral.....	202
A. Jurisprudence canadienne :	
Arguments s'opposant à l'admission du <i>pretium doloris</i> en Québec	203
a) Le texte restrictif de l'article 1056.....	203
b) L'uniformisation du Droit dans les Provinces canadiennes.....	204
c) La difficulté d'établir une évaluation.....	205
d) La présence du jury aux procès civils.....	207
e) Conception canadienne des dommages-intérêts.....	208
B. Jurisprudence française :	
Les étapes successives.....	209
C. Essai d'une théorie synthétisant les divergences entre les deux systèmes jurisprudentiels.....	214
a) Influence exercée par le développement de l'assurance sur la vie.....	215
b) Incidence du degré de généralisation des assurances-accidents.....	215
c) Le concept de « peine privée » opposé au système faisant dévier la responsabilité vers la réparation.....	217
Chapitre IX. — Les substitutions.....	221
Différences concernant les textes.....	221
Le legs de <i>residuo</i>	224
Le legs précatif.....	228
Substitutions compendieuses.....	229
Doubles legs conditionnels alternatifs.....	230
Comparaison entre les deux jurisprudences.....	234
Justification rationnelle des attitudes qu'elles adoptent.....	234
1° Tendance française à valider les testaments.....	235
2° Développement de la fiducie canadienne.....	235
Chapitre X. — En fait de meubles possession vaut titre.....	238
Le Code Napoléon adopte la formule de Bourjon.....	238
Le Code de Québec adopte la formule de Pothier.....	239
Rapprochement dû aux jurisprudences.....	241
Moyens de défense admis en France.....	242
Le droit des dons manuels.....	244
Interprétation jurisprudentielle concernant le créancier gagiste.....	250
Différences qui restent irréductibles.....	251
Chapitre XI. — La clause de réalisation.....	254
Identité des textes.....	254
Jurisprudence canadienne	254
Jurisprudence française	256
Chapitre XII. — La dette de jeu.....	259
A. A qui l'exception de jeu est-elle opposable?.....	259
Le refus de l'action est subordonné à la participation directe au jeu, dans la jurisprudence de Québec.....	260

Rigueur plus grande que manifeste la jurisprudence française à l'égard du prêteur.....	260
B. La notion de contrat de jeu.....	263
Evolution de l'ordre public sanctionnée par :	
la loi, en France.....	263
la jurisprudence, en Québec.....	263
Analyse détaillée de la décision de principe.....	264
Chapitre XIII. — Responsabilité contractuelle du transporteur.....	268
A. Le transport à titre onéreux :	
1° La jurisprudence canadienne.....	268
a) La première étape.....	269
b) L'interprétation actuelle l'éloigne de la jurisprudence française.....	270
2° La jurisprudence française.....	270
a) L'obligation de sécurité.....	271
b) La stipulation pour autrui.....	271
B. Le transport bénévole :	
1° La jurisprudence québécoise l'analyse comme un contrat.....	272
2° La jurisprudence française, au contraire, le place sur le terrain délictuel.....	272
Chapitre XIV. — Mandat tacite de la femme mariée.....	274
A. Le droit de Pothier.....	274
B. La jurisprudence de Québec :	
1° Exigence d'une autorisation spéciale.....	275
2° Elargissement progressif de cette condition.....	275
3° Répercussion exercée par l'évolution des mœurs.....	276
4° La portée du mandat tacite.....	276
C. La jurisprudence française :	
1° Plus restrictive en ce qui concerne les opérations de bourse et les locations de logements.....	277
2° Semblable à celle de Québec, quant aux pouvoirs généraux qu'elle confère à la femme en l'absence du mari.....	278
3° Plus extensive en cas d'abandon ou de séparation de fait.....	278
4° Les remèdes qu'elle apportait, par ce détour, à l'incapacité de la femme mariée.....	278
D. Comment, grâce à la théorie de l'apparence, les règles de la responsabilité ont présidé à une extension progressive :	
a) Du contenu du mandat domestique.....	279
b) De l'octroi de ce mandat.....	281
Conclusion	283
A. Le particularisme juridique de la Province de Québec.....	283
B. L'uniformisation des Droits privés, consacrée par des Pays de races différentes, serait une régression plutôt qu'un progrès.....	285
C. Opérée par le Pouvoir législatif, cette uniformisation tarirait la source féconde de Droit que constitue la Jurisprudence.....	292
Bibliographie	295

Imp. BIÈRE, 18, rue du Peugue, Bordeaux (France). — 1938.
